



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

PARTICIPACIÓN POR OMISIÓN

Sandra Dorado Peña

Enero, 2018

RESUMEN: En el siguiente trabajo se va a tomar conciencia sobre el verdadero conflicto existente tanto en la doctrina penalista como en la jurisprudencia sobre la admisión o no de la participación omisiva en los delitos comisivos. Para ello se hará una pequeña alusión a los delitos de comisión por omisión y a su gran elemento diferenciador, la posición de garante. Veremos las diferentes teorías al respecto y una posible solución.

Palabras clave: omisión, garante, participación, autoría.

ABSTRACT: In the following dissertation we will be conscious about the true conflict existing both in the criminal doctrine and in the jurisprudence on the possibility of admitting omission participation in commissive crimes. To do that, a brief allusion will be made to the commission by omission crimes and to its great differentiating element, the position of guarantor. We will see the different theories about it and a possible solution.

Keywords: omission, guarantor, participation, authorship.

ÍNDICE

1.INTRODUCCIÓN	4
2. CONCEPTO DE DELITO OMISIVO.....	6
2.1. Omisión propia	6
2.2. Omisión impropia	7
2.2.1. Elementos del delito de comisión por omisión	8
3. ¿SE ADMITE LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS OMISIVOS?	10
3.1. Teorías que no admiten la participación	10
3.2. Principales puntos de vista teóricos que la admiten	11
3.2.1. Teoría de dominio del hecho	12
3.2.2. Delitos de infracción de un deber	14
3.2.3. Equiparación de la comisión por omisión con la comisión activa	14
3.2.4. Garante de protección frente a garante de control.....	15
3.3. Evolución de la jurisprudencia sobre la participación	18
3.3.1. Participación activa.....	19
3.3.2. Participación omisiva.....	20
4. TOMA DE POSICIÓN EN CUANTO A LA ADMISIÓN O NO DE LA PARTICIPACIÓN OMISIVA	25
5. RESOLUCIÓN DE CASOS REALES	28
6. CONCLUSIONES	32
7. BIBLIOGRAFÍA	33

1. INTRODUCCIÓN

Con este trabajo se pretende aportar un poco de luz al controvertido tema sobre la admisión de la participación omisiva en los delitos comisivos, ya que no existe una línea única que nos permita conocer con seguridad el resultado del proceder de nuestros jueces en la actualidad. Contamos con la contribución de importantes autores como son Roxin, Armin Kaufmann, Luzón Peña, Gimbernat Ordeig, Gracia Martín, Schünemann, Silva Sánchez, Robles Planas, Gallas, Portilla Contreras, Rueda Martín y Jackobs, entre otros, que han ayudado a esclarecer y comprender esta figura. A raíz de las contribuciones de estos autores han aparecido multitud de teorías tanto a favor como en contra de su apreciación, por lo que podemos encontrar discrepancias dentro de la propia doctrina. Por otro lado, si tenemos en cuenta la jurisprudencia que ha ido surgiendo en la resolución de los casos que han ido apareciendo en España, podemos comprobar, que si bien en un primer momento no se apreciaba la figura del partícipe en los delitos omisivos, poco a poco se ha ido recurriendo más a ella pero sin seguir un criterio demasiado claro en su resolución.

Para ello comenzaremos distinguiendo omisión pura o propia y omisión impropia o comisión por omisión, ya que la participación solo se reconocerá en el segundo tipo. Será muy importante saber diferenciar entre ambos tipos de omisión ya que en determinados supuestos no queda demasiado claro en qué tipo debemos encuadrar cada caso. Teniendo en cuenta el tema principal del trabajo, nos centraremos en la omisión impropia, analizando sus principales elementos, evaluando su equivalencia con los delitos comisivos y entraremos a valorar las diferentes posiciones en cuanto a la necesidad de incluir la posición de garante como elemento determinante para que haya participación por omisión en los delitos comisivos.

Seguidamente se hará una breve referencia a los puntos de vista de la doctrina más importante en cuanto a la admisión o no de esta figura de participación omisiva, analizando las similitudes y diferencias entre las mismas y comentando los posibles errores que podemos encontrar en ellas y que dificultan su posterior puesta en práctica para la resolución de los casos reales. Esto nos conduce a analizar la posición de nuestros jueces al respecto. Esta será la espina dorsal de este trabajo ya que nos aportará una visión general de la concordancia entre el pensamiento de los teóricos más relevantes de la materia y la motivación de la jurisprudencia a falta de una legislación unificada sobre la participación por omisión.

Finalmente defenderé mi postura frente a las diferentes teorías actuales y se realizará la resolución de varios casos reales a partir de la misma.

2. CONCEPTO DE DELITO OMISIVO

En este apartado hacemos una primera aproximación al concepto de omisión y distinguimos entre la omisión propia y la omisión impropia.

En general, entendemos por omisión el hecho de no llevar a cabo un determinado comportamiento o actuación que el sujeto debía hacer en una situación concreta y que, aun pudiendo hacerlo, ha decidido no realizarlo¹. No toda omisión merece el mismo desvalor penalmente, ya que no todas las acciones que se omiten habrían tenido la misma capacidad para poder evitar o dificultar el resultado que efectivamente se produce. Por ello, aparece la distinción entre delitos de omisión pura o propia y los delitos de omisión impropia o comisión por omisión. Esto nos conduce a ver la diferencia existente entre ambos tipos.

2.1. Omisión propia

Las omisiones propias son aquellas que se encuentran recogidas de forma específica por el legislador en el Código Penal, concretamente en los artículos 195² y 450³. El primero de ellos es el delito de omisión del deber de socorro y el segundo es el relativo a la omisión de impedir la comisión de un delito. Son delitos en los que no hay una conexión entre el omitente y la fuente que ha generado el peligro o el bien jurídico que se tutela.

En estos delitos se castiga la omisión de acciones ético-sociales que se le pueden exigir a cualquiera en cumplimiento de una solidaridad humana genérica. Esto es así con independencia de la verdadera incidencia que esa acción hubiera tenido en la protección del bien jurídico, ya que ello puede depender de otros factores externos. Esta infracción de la

¹ Cerezo Mir, J. (2001), *Curso de Derecho penal español, Parte General*, Madrid, Tecnos, pp. 252 y 255.

² Véase el art. 195 CP, “1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses. 2. En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno. 3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años”.

³ Véase el art. 450 CP, “1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél. 2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia”.

solidaridad solo es castigada cuando afecta a la vida, la libertad, la integridad corporal, etc. Además, la pena tampoco varía en función del resultado de la omisión.

A diferencia de lo que ocurre con los delitos de omisión impropia, en los de omisión propia es indiferente que finalmente el resultado llegue a producirse o no. El único elemento imprescindible para la tipicidad de este delito es la propia omisión, por lo que tampoco se exige causalidad ni imputación objetiva. Por ello, en el momento en el que esa acción que se requiere no se realiza, se dan todos los elementos del tipo y el sujeto se convierte en autor del mismo, por lo que resulta imposible que en estos casos se pueda apreciar otras formas de participación en el delito diferentes a la autoría.

2.2. Omisión impropia

La omisión impropia, también conocida como comisión por omisión, se regula en el art. 11 del CP. Este artículo establece que *“los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente⁴”*.

En este tipo de delitos no se recoge un deber genérico de actuar como en el caso de la omisión propia, sino que hay determinados sujetos, denominados garantes, que debido a esa posición de garantía se encuentran en la obligación de proteger un bien jurídico determinado. Son delitos en los que su no evitación equivale a la causación del resultado mismo y por ello se les imputa la misma pena que a la del autor del delito comisivo. Igualmente, para que la omisión sea penalmente relevante en este caso, se requiere la existencia de un resultado concreto que se imputa al omitente por entenderse que de haber realizado la acción debida el resultado habría podido evitarse.

⁴ Véase Art. 11 CP, relativo a las disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal.

Estos delitos no se encuentran tipificados como tales en el Código Penal y, por tanto, habrá que recurrir a la tipificación del delito comisivo para conocer tanto los elementos del tipo como las penas correspondientes.

En el próximo apartado vamos a examinar con mayor profundidad cuales son los elementos de este tipo de delitos, necesarios para considerar que una omisión es penalmente relevante y puede ser calificada como comisión por omisión.

2.2.1. Elementos del delito de comisión por omisión

Para encontrarnos ante un delito de comisión por omisión se requieren determinados requisitos que el artículo 11 enumera de un modo bastante claro. En líneas generales estos requisitos serían que el omitente se encuentre en una posición de garante, que la omisión o la no realización de la acción debida equivalga a la causación del resultado (como una equivalencia con el tipo comisivo) y, al requerirse un resultado, debe de poder encuadrarse en un delito de resultado material.

Como ya he indicado en el epígrafe anterior, en estos delitos se entiende que el omitente podría haber realizado una acción que habría evitado que se materializara el resultado. La realidad es que la actuación de cualquier persona no tiene esa verdadera capacidad de influir en un hecho de tal forma que evite un resultado concreto y, como consecuencia, sólo determinados sujetos serán idóneos para que con su actuar puedan evitar que se produzca el resultado. Dichos sujetos son los que conocemos como garantes y esa posición de garantía, como bien dice el art. 11, puede venir determinada por la ley, un contrato o por una actuación previa no adecuada, también llamada injerencia, que le obligue a tener este deber de cuidado con respecto al bien jurídico determinado que se pretende proteger con el tipo penal en cuestión. Esta es la línea seguida por la doctrina mayoritaria.

Sin embargo, hay autores, como Gimbernat Ordeig⁵, Luzón Peña⁶ y Gracia Martín⁷ que entienden que considerar que por el simple hecho de que se sea garante por la ley, un contrato

⁵ Véase Gimbernat Ordeig, E., “Artículo 11”, *Comentarios al Código penal, Cobo del Rosal (Dir.)*, Madrid, Edersa, pp. 420 y ss., 431 y ss.

⁶ Véase Luzón Peña, D. M. (1986), “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, *Poder Judicial*, nº. 2, p. 81.

⁷ Véase Gracia Martín, L. (2001), “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, p. 436. En igual sentido, Rueda Martín, M^a Á. (2013), *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la*

o una actuación previa, sin tener en consideración la situación en la que verdaderamente se ha creado un perjuicio para el bien jurídico y sin que haya surgido aún un deber concreto, no da lugar a un delito de comisión por omisión automáticamente, ya que se trata de un deber genérico de actuar, como también sería el caso de un médico o un socorrista.

Esto es así ya que para que se cumplan los requisitos del delito de comisión por omisión, se requiere una equivalencia entre la no evitación y la causación del resultado y, podríamos entender, que esta situación de garante así definida únicamente podría constituir una omisión propia al suponer que su actuación podría no ser idónea para evitar el resultado. Para que concorra la equivalencia entre acción y omisión, el autor en comisión por omisión ha de ser aquel que conscientemente haya aceptado que se va a producir el resultado, concretado en la lesión de un bien jurídico protegido situado dentro de su deber genérico de actuar, que puede ser evitado si actúa en la situación concreta y cuya omisión es la determinante para que finalmente se produzca dicho resultado⁸.

Por último queda señalar, al ser un requisito fundamental de los delitos de comisión por omisión su equivalencia con los delitos comisivos, que la estructura de la omisión también requiere sus mismos elementos como son la omisión (como acción), el resultado, la causalidad (hipotética en este caso) y la imputación objetiva.

Una vez ha quedado claro el concepto de delito omisivo y entendemos cuando se da lugar al mismo, podemos pasar a analizar la posibilidad de que el omitente sea partícipe o no en comisión por omisión en un delito realizado de forma activa por un tercero.

cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal, Barcelona, Atelier, pp. 60 – 64.

⁸ Véase Gracia Martín, L. (2001), “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, pp. 411 y 412.

3. ¿SE ADMITE LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS OMISIVOS?

Hay un sinnúmero de casos reales en los que cualquier tipo de intervención en un delito comisivo en posición de omitente se equipara a la figura del autor comisivo y, si analizáramos caso por caso, no tiene demasiado sentido que una persona que no realiza acto alguno tenga finalmente una pena superior que una persona que ha participado activamente en el hecho y que es considerado cómplice.

Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de un padre que ve como matan a su hijo con un cuchillo y no hace nada para evitarlo. Este padre sería acusado como coautor por un delito de asesinato en comisión por omisión debido a que, en los delitos de comisión por omisión, el interviniente es directamente autor y se le aplicaría la misma pena. Sin embargo, si este mismo padre le proporciona al autor del delito el cuchillo con el que matan a su hijo sería cómplice del delito comisivo y, por lo tanto, la pena a aplicar sería inferior⁹.

Al encontrarnos en este sinsentido, ¿que impide plantearse una posible equiparación entre la participación activa y la omisiva? En este sentido se podrían utilizar para la participación omisiva los mismos criterios de graduación utilizados para la activa.

Ante esta realidad han surgido diferentes teorías entre las que surgen discrepancias ya que algunos admiten la posibilidad de participación omisiva, otros no y, en algunos casos, se admite de manera excepcional. Pasamos a ver las diferentes posiciones doctrinales en los siguientes epígrafes.

3.1. Teorías que no admiten la participación omisiva

La mayor parte de la doctrina se ha situado en este punto, considerando que al igual que ocurre con los delitos de omisión propia, en los delitos de comisión por omisión no es posible la apreciación de la participación del omitente por cuanto debe ser calificado como autor del delito activo por omisión por no haber cumplido con el deber al que se compromete, ya que se encuentra en una posición de garantía como se requiere en el art. 11 CP.

⁹ Véase Gimbernat Ordeig, E. (1970), “Recensión al libro de Bacigalupo, Delitos impropios de omisión”, en ADPCP, p. 725.

Este sector de la doctrina considera a los delitos de comisión por omisión delitos de infracción de un deber. En este caso, la persona que se encuentra en posición de garante tiene el deber de evitar que se produzca el resultado y, en el momento en que este resultado se origina, el omitente tiene que responder como autor del delito no imposibilitado, y esto con independencia de que se tenga o no el dominio del hecho y del tipo de posición de garante que ostente. Al tener la consideración de garante se deduce que se podría haber evitado el ataque al bien jurídico. Si el interviniente con su omisión no está incumpliendo ningún deber será considerado autor de un delito de omisión propia.

Esta posición recelosa ante la posibilidad de admitir la participación omisiva en los delitos comisivos ha sido la practicada por un gran conjunto de nuestra jurisprudencia que la ha negado considerando al omitente garante, en cualquier caso, autor del delito que no se evita y que tenía el deber de evitar.

Esta teoría fue originada por ARMIN KAUFMANN¹⁰, aunque posteriormente ROXIN se ha reafirmado en la misma. Sin embargo, este último autor ha aceptado dos casos excepcionales en los que se podría admitir la participación omisiva en un delito comisivo. Es por ello que la teoría seguida por este autor se desarrollará posteriormente en el apartado correspondiente a los puntos de vista teóricos que admiten la participación omisiva pero con excepciones, por entender que se trata también de delitos de infracción de un deber.

3.2. Principales puntos de vista teóricos que la admiten

Otro sector de la doctrina sí que admite la participación omisiva al acoger dentro de su postura el hecho de que el omitente pueda contribuir a la materialización del resultado ocasionado por un tercero en un delito comisivo. En este supuesto sería posible ajustar el grado de intervención de cada omitente en función del nivel de contribución o aportación que haya tenido su omisión en la efectiva producción del resultado o, lo que es lo mismo, la efectividad que habría tenido su hipotética actuación, en el caso de haberse llevado a cabo, en la evitación del perjuicio para el bien jurídico protegido.

La doctrina, aun reconociendo la posible admisión de la participación omisiva, tiene diferentes puntos de vista al respecto. Vamos a ver estos puntos de vista de forma más extensa

¹⁰ Véase Kaufmann, A. (1959), *Die Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Schwartz, pp. 291 y ss.

en los siguientes puntos. Dentro de las teorías que si la admiten veremos en primer lugar las dos posturas más extremas y, finalmente, una posición intermedia.

3.2.1. Teoría del dominio del hecho

Los seguidores de esta teoría afirman que siempre que en la comisión del delito medie un tercero que actúe como autor de un delito comisivo, el omitente ostentará la posición de partícipe, ya sea como cooperador necesario o cómplice. El omitente se encuentra en una posición de autoría potencial en la que puede evitar el resultado pero no de forma directa. Esto se debe a que el dominio del hecho siempre lo ostentará el autor activo y, a no ser que este autor deje de poseer tal dominio, el omitente no podrá ser considerado en ningún caso como autor del tipo activo, solo podrá intervenir a título de partícipe. Es decir, el omitente que actúa junto a un autor sólo podrá ser considerado como autor si, una vez que el autor activo deja de tener el dominio del hecho, el resultado aún puede evitarse y, aun así, el omitente decide no hacer nada para evitarlo pudiendo hacerlo.

GALLAS, el principal partidario de esta postura, decía que *“junto al autor que despliega el dominio del hecho en el delito doloso de comisión, a todo garante que no impida el resultado no le queda sino el papel de cómplice”*.¹¹

Esta teoría podría ser la que establezca una equiparación más clara y cercana entre la participación activa y la omisiva debido a que en ambos casos la autoría se realiza por un tercero y el partícipe actúa junto a él por lo que en ningún caso estos últimos tienen el dominio del hecho principal causante en mayor medida de la producción del resultado. Además, se admite la posibilidad de que estos partícipes puedan ser autores siempre que el autor principal no conserve el dominio del hecho.

Como elementos necesarios para que este omitente pueda ser cómplice se describen que se encuentre en una posición de garante¹², o bien, que aumente o favorezca la probabilidad de que se produzca el resultado que lesione al bien jurídico protegido¹³.

¹¹ Véase Gallas, W. (1960), “Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung”, JZ, p. 687.

¹² Véase Rodríguez Mourullo, G., *La omisión*, p. 380.

¹³ Véase Luzón Peña, D. (1996), “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, *Poder judicial*, pp. 243 y ss. Este autor añade que podría tratarse de una omisión propia si la omisión no genera este aumento de la probabilidad de que se produzca el resultado.

Esta postura es defendida también por otros autores como JESCHECK con la exigencia de que el omitente tenga la consideración de garante. Sin embargo esta exigencia ha sido debatida tanto por Luzón Peña¹⁴ como por Gimbernat al considerar que aun siendo garante, para que estemos ante una comisión por omisión tiene que haber lugar a una equivalencia entre la omisión y la conducta activa, lo que no se produce en algunos casos.

LUZÓN PEÑA y GIMBERNAT defienden que cuando el resultado no se produce directamente como consecuencia de la propia omisión, sino que hay una fuente externa como puede ser algo fortuito, un tercero o no medie dolo en la omisión del propio sujeto omitente, lo que supone un peligro preexistente, no nos encontramos ante una comisión por omisión ya que esa omisión no ha sido la que directamente ha causado la lesión para el bien jurídico, es decir, no se cumple el requisito exigido por el art. 11 y no existe la equivalencia entre la autoría en el delito comisivo y el delito omisivo.

Finalmente, RUEDA MARTÍN diferencia entre la omisión que se produce ante un curso causal natural que desemboca en la producción de un delito y la que se produce ante la comisión de un delito por parte de un tercero. Estima que únicamente este omitente podría ser considerado como autor en comisión por omisión en el primer caso, siempre y cuando *“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 haya actualizado luego específicamente en la situación concreta en que dicho sujeto omite realizar una acción determinada de neutralización de la causa determinante del resultado”*¹⁵. En caso contrario solo podría ser autor de una omisión pura. Sin embargo, si la situación que tratamos de valorar es la segunda, el omitente solo podría incurrir en algún tipo de participación por no ostentar en ningún momento el dominio del hecho, bien sea mediante cooperación necesaria o complicidad. Este posicionamiento es el que toma GRACIA MARTÍN. Ambos comparten la idea, difiriendo del resto de autores, de que no se debe considerar a un omitente partícipe por el hecho de facilitar o favorecer la producción del resultado, sino que debe ser consecuencia de una aceptación por parte del mismo de la posibilidad de la producción del resultado y no hacer el acto que se espera del mismo para

¹⁴ Luzón Peña, D. (1996), “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, *Poder judicial*, p. 237.

¹⁵ Véase Rueda Martín, M^a A. (2013), *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Barcelona, Atelier, pp. 89 y 90.

evitar que se produzca, es decir, “*un poder de disposición sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico*”¹⁶.

3.2.2. Delitos de infracción de un deber

Como ya vimos en las teorías que no aceptan la participación omisiva por entender estos delitos como de infracción de un deber, ROXIN¹⁷ sigue la misma idea de Kaufmann pero acepta la participación en algunos supuestos como excepción a la regla general.

Este autor señala que se considera autor del tipo activo a cualquier omitente que cometa la infracción de un deber mediante omisión, sea cual sea la posición de garante e independientemente de si tiene el dominio del hecho o no. Solo aprecia dos casos en los que se podría calificar a este interviniente como partícipe, esto es, cuando esta persona no reúna las características que recoge el tipo en cuestión para que pueda ser considerado autor, los llamados delitos de apropiación y de propia mano, o cuando el deber que tiene es el de evitar que la persona de la que es garante intervenga en un delito, cometido por un tercero, a título de partícipe¹⁸. Este segundo supuesto ocurre, por ejemplo, cuando un hijo participa como cómplice en un delito de homicidio cometido por otra persona y el padre no hace nada por evitarlo cuando, por encontrarse en la posición de garante del hijo por ser su padre, tiene el deber de evitar que su hijo cometa esa acción por la que sería calificado como partícipe por omisión en un delito de homicidio.

3.2.3. Equiparación de la comisión por omisión con la comisión activa

En sintonía con la teoría de los delitos de infracción de un deber, SILVA SÁNCHEZ ha seguido este mismo planteamiento pero asentándose sobre una base diferente. Este autor no interpreta a los delitos de comisión por omisión como delitos de infracción de un deber para llegar al mismo resultado que Roxin, sino que utiliza la equiparación con la comisión activa. Por ello todo el que comete un delito en comisión por omisión cuyo tipo pertenezca a los delitos especiales, que solo pueden ser cometidos en régimen de autoría, será siempre autor

¹⁶ Véase Rueda Martín, M^a A. (2013), *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Barcelona, Atelier, pp. 130 y 131.

¹⁷ Véase Roxin, C. (2016), *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, pp. 442 y ss.

¹⁸ Véase Roxin, C. (2003), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II*, C.H. Beck, München.

por identidad a la comisión activa. ¿Cuándo será entonces el omitente partícipe? A esta pregunta responde SILVA SÁNCHEZ diciendo que esto se produce cuando la equivalencia se da con la figura del partícipe, con los elementos de la estructura de la participación¹⁹. Así sucede en el momento en el que la obligación del garante se corresponde con evitar que otro sea partícipe de un delito ajeno o bien cuando el omitente no puede ser considerado autor por no cumplir los requisitos subjetivos que exige el tipo por ser un delito de propia mano o de apropiación, llegando a la misma conclusión que Roxin. Si la posición en la que se encuentra el omitente es la segunda será considerado cooperador necesario, mientras que en la primera dependerá de la calificación que se le atribuya a la persona de la que es garante y por la que participe en un delito ajeno (bien cooperador necesario o cómplice).²⁰

Así el profesor PORTILLA CONTRERAS también estima que la calificación de un omitente como autor o como partícipe debe realizarse tras una equiparación tanto con la autoría como con la participación activa. Además, este autor dice que *“si se demuestra que la omisión sólo ha podido dificultar la acción y, en ningún caso, impedirla, entonces, aunque el sujeto sea garante, no responderá como autor sino como partícipe”*²¹. Solo responderá como autor cuando con su actuación hubiera podido evitar la producción del resultado.

3.2.4. Garante de protección frente a garante de control

Esta postura doctrinal se sitúa entre las dos anteriores. Se constituye sobre la base de la diferenciación entre dos clases de garantes como son los garantes de protección de un bien jurídico y los garantes de control, vigilancia o aseguramiento de una determinada fuente de peligro potencial.

Los principales autores que han tomado esta postura defienden que únicamente el que ostente una posición de control puede ser partícipe en el delito de quien utiliza el bien jurídico de forma delictiva. Este es el caso, por ejemplo, del titular de una tienda de venta de armas que solo puede venderlas a quienes cumplen determinados requisitos para su acceso y que,

¹⁹ Véase Silva Sánchez, J. M^a. (1989), “Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *Cuaderno de Política Criminal*, n^o. 38, p. 389.

²⁰ Véase Silva Sánchez, J. M^a. (1989), “Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *Cuaderno de Política Criminal*, n^o38, pp. 390 y 391.

²¹ Portilla Contreras, G. (1999), *“La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad”*, El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: libro-homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López, Granada, Comares, pp. 463 y 464.

además, tiene el deber de controlar ese tipo de objetos. No puede omitir evitar que una persona se lleve un arma de fuego y que cometa un homicidio con la misma ya que su intervención (omisiva) lo elevaría a partícipe en un delito de homicidio en comisión por omisión. Sin embargo, si es garante de protección de un bien jurídico y se lesiona dicho bien será autor del delito que se comete por no haber evitado la producción del resultado que habría podido evitar. Esto ocurre en las relaciones familiares cuando un hijo soporta continuas agresiones por parte del compañero sentimental de su madre y la misma, teniendo la obligación de proteger a su hijo y de evitar que esas agresiones se produzcan pudiendo hacerlo omite cualquier tipo de actuación en orden a evitarlo, por lo que sería autora en comisión por omisión de un delito de lesiones.

Dentro de este posicionamiento hay diferencias entre los diversos autores que la defienden. Para CRAMER los delitos de omisión solo pueden ser considerados delitos de infracción de un deber de forma parcial y, por ello, solo será autor de un delito comisivo en comisión por omisión el omitente que posea una función de protección, en el sentido que ya se ha descrito anteriormente. Será partícipe el garante que posea una función de control, es decir, de evitar que alguien determinado cometa un delito o frenar la producción de un resultado ocasionado por hechos anteriores. La graduación de la participación del omitente se realizará teniendo en cuenta el tipo de deber que ha menoscabado²².

Por su parte, HERZBERG se centra en la función de control del omitente que sería calificado como cómplice, a no ser que una posible actuación suya hubiera evitado el resultado. En este último supuesto sería autor en comisión por omisión del delito que comete un tercero en comisión por omisión. Sostiene esta teoría en la identidad entre la estructura del delito comisivo y el delito omisivo cuando el sujeto en cuestión es garante de control²³.

JAKOBS, por otro lado, diferencia entre responsabilidad organizatoria y responsabilidad institucional, indicando que solo cabría la participación en el primer tipo, debido a los especiales elementos que debe comprender la autoría, tanto objetivos como subjetivos. Al igual que Cramer, en el caso de la posición de garante de protección, este autor considera que en el caso de la responsabilidad institucional la omisión deriva en un delito de infracción de un deber y, por tanto, siempre se considerará al omitente como autor del delito en comisión por omisión. Además, al igual que incluía Roxin dos supuestos en los que era admisible la

²²Véase Cramer, P. (1982), *SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER*, StGB, nums. 63, 68 y ss, previo al párrafo 25.

²³ Herzberg, R.D. (1972), *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, Nueva York, Walter de Gruyter, pp. 172 y ss.

participación, especialmente el de no existir en la figura del omitente los elementos necesarios para poder ser autor del tipo en cuestión, este autor incluye una excepción a los omitentes de responsabilidad institucional cuando no se dan los elementos subjetivos y del tipo necesarios para que pueda ser autor del delito en el que interviene²⁴.

La diferenciación entre posición de garante por responsabilidad institucional o por responsabilidad organizatoria realizada por Jakobs ha sido criticada por su dificultad de ser puesta en práctica en la realidad ya que normalmente confluyen las dos, como en el caso del funcionario de prisiones que utiliza SILVA SÁNCHEZ para ejemplificar esta dificultad²⁵.

Finalmente, ROBLES PLANAS²⁶ llega a un resultado similar al de Jakobs pero gradúa la participación en función del contenido de la intervención en la producción del resultado. Así, dice que *“si lo que convierte en típicamente prohibida la conducta del omitente tiene una limitada capacidad de configuración del hecho, estaremos ante un supuesto de participación por omisión. Si, en cambio, la razón por la cual la conducta del omitente está típicamente prohibida configura relevantemente el hecho, se tratará de una aportación de autoría”*.²⁷ Para realizar esta graduación, ROBLES PLANAS hace una distinción entre tres tipos diferentes de casos en los que la calificación del omitente como autor o partícipe se encuentra estandarizada.

Así, al igual que en las posturas anteriores, habrá participación cuando el peligro surja del ámbito organizativo del omitente (como ya apuntaba Jakobs) y ayude o allane la comisión del delito por parte del tercero autorresponsable. Es así, por ejemplo, en el caso de que el titular de una tienda de armas de fuego permita que una persona se la lleve y éste cometa un homicidio con la misma, por lo que el omitente, el titular de la armería, por no hacer nada para impedir que se la lleve, sería partícipe en el delito de homicidio en comisión por omisión.

El segundo supuesto es el de control de personas determinadas como peligrosas que pueden ser, por un lado, aquellas que son irresponsables bien sea por ser menores de edad o bien por no reunir aun los requisitos necesarios para poder realizar una conducta determinada (como es el caso de poder conducir un coche porque aún no se tiene el carnet de conducir). En

²⁴ Jakobs, G. (1983), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin-Nueva York, Walter de Gruyter, pp. 696 y ss.

²⁵ Véase Silva Sánchez, J. M^a. (1992), “Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario”, *Revista Jurídica de Cataluña*, n.2, pp. 401 y ss.

²⁶ Véase Robles Planas, R. (2007), *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, Atelier, pp. 62 y ss.

²⁷ Robles Planas, R. (2007), *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, Atelier, p. 74.

estos casos esta irresponsabilidad es suplida por los padres o por la persona encargada del aprendizaje de éste (como sería el profesor de autoescuela en el ejemplo anterior). En el caso de que se realice un acto delictual por parte de estos irresponsables a causa de una omisión de alguna de las personas que actúan como suplentes de la misma, éstos serían calificados como autores del delito. Esto es así no porque ostenten una posición de garante institucional, sino porque configuran el hecho en mayor medida por haberse responsabilizado completamente de su control. Sin embargo, no se puede descartar la posibilidad de que sean calificados como partícipes cuando la omisión consiste en no evitar que este irresponsable a su cargo intervenga en el delito de un tercero también a título de partícipe. El segundo tipo de personas peligrosas es el de las que sí son responsables, pero en este caso la omisión siempre sería pura, por tratarse de un deber general de vigilancia, por lo que no cabría la posibilidad de participación en ningún caso.

El tercer caso sería el de la llamada posición de garante de control o contención de una fuente de peligro. En este caso la fuente de peligro no surge del propio omitente sino que procede de un tercer autorresponsable. En el caso de que este tercero esté en plenas condiciones mentales el omitente será partícipe. Sólo en caso contrario (cuando presente enfermedad mental o embriaguez patológica agresiva, es decir, cuando se trata de un tercero irresponsable), el omitente será considerado autor por no ser el tercero autorresponsable y por considerarse que el omitente ha configurado completamente el hecho delictivo.²⁸

3.3. Evolución de la jurisprudencia sobre la participación

En este apartado vamos a ver, en primer lugar, las dificultades que ha tenido la jurisprudencia en cuanto a la participación activa en los delitos comisivos para poner de relieve que si ya ha sido difícil unificar el criterio para su asignación, aún más va a serlo en cuanto a la participación omisiva en los mismos delitos.

²⁸ Robles Planas, R. (2007), *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, Atelier, pp. 75 y ss.

3.3.1. Participación activa

La jurisprudencia, durante muchos años, así como la mayor parte de la doctrina, no se ha preocupado demasiado por hacer una diferenciación exhaustiva entre autoría y participación debido a que se ha considerado autor a cualquier persona que medie en la producción del resultado, ya sea por sí mismo, por medio de otro, intervenga como inductor o el hecho delictivo se cometa por la actuación conjunta de varias personas. Así se establece en el CP y solo se hace una excepción para los cómplices, a los que se les aplica una pena inferior. Por ello, la verdadera distinción se ha realizado entre autoría y complicidad, ya que si bien se asemeja a la figura de autor a diferentes intervinientes que en realidad no deberían ser calificados como tal, su diferenciación no es imprescindible ya que se les aplicará la misma pena recogida por el tipo en cuestión para el autor.

Por todo ello, la jurisprudencia distinguía entre cooperador necesario (que a todas luces era igual que si lo consideráramos autor) y cómplice, realizando una especie de abstracción en la que si elimináramos la actuación que hubiese tenido la persona en cuestión y el resultado siguiera materializándose se entendería que el que realiza la acción sería cómplice por no ser necesaria su intervención para la producción del resultado. Esta es la llamada teoría de equivalencia de las condiciones.

Posteriormente, la jurisprudencia utilizó el criterio del acuerdo previo para la unificación de la autoría mediante la consideración de coautores a todos aquellos que habían participado en el acuerdo previo a la comisión del delito sobre su puesta en práctica, con independencia de la contribución al resultado que cada uno hubiese hecho.

A partir de los 80, la jurisprudencia puso el punto de mira en autores como GIMBERNAT y su teoría de dominio del hecho y comenzaron a aplicarla, sin embargo el abandono del criterio del acuerdo previo no fue algo unitario por parte del conjunto jurisprudencial, combinándose multitud de criterios en muchos casos. Esta teoría del dominio del hecho se consideró como un criterio complementario o sustituible por otros más adecuados que fueron apareciendo como el de los bienes escasos, la teoría de la *conditio sine qua non*, la importancia de la colaboración, la objetivo-material y la objetivo-formal. Sin embargo hay discrepancias entre los criterios ya que, generalmente, no se obtiene el mismo resultado a partir de los mismos.

Sin embargo, tras la aplicación de la teoría del dominio del hecho se evidenciaron varios problemas relativos a la inducción o a la cooperación necesaria. La inducción dejaría de ser considerada como autoría por no ostentar el dominio del hecho. Por su parte la cooperación necesaria no tendría que ser necesariamente considerada como constitutiva de una autoría ya que en ocasiones podría no ostentar el dominio del hecho. Todo ello entra en conflicto con la actual redacción del art. 28 del CP al ser considerado como autor tanto al cooperador necesario como al inductor.

Tras este conjunto de complicaciones, la jurisprudencia ha dejado de seguir un criterio unilateral para la resolución de los diferentes grados de intervención en la comisión delictiva para no tener que hacer una reinterpretación de la participación tal y como está configurada en nuestro Código Penal. Por lo tanto, podemos cruzarnos con casos completamente similares en los que la jurisprudencia llega a resultados totalmente diferentes por utilizar un criterio distinto para su resolución en cuanto a la autoría, siendo aún más significativa esta diferencia de la jurisprudencia si la comparamos con las soluciones que aporta la doctrina²⁹.

3.3.2. Participación omisiva

El problema aparece cuando nos encontramos ante la participación de un individuo por medio de una omisión en un delito comisivo realizado por un tercero autorresponsable. Esto es así porque si ya es difícil saber el grado de aportación que se realiza a la producción de un resultado concreto cuando el partícipe actúa de forma activa, aún más difícil es saber el contenido de la participación cuando se trata de una omisión.

En este sentido, podríamos considerar, que la jurisprudencia ha fundamentado su decisión más en la posición de garantía que ostenta la persona que participa en el delito comisivo que cualquier teoría o criterio. Esto siempre suponiendo que reconozca la participación en los delitos omisivos, lo que a estas alturas aún no ha quedado demasiado claro. Más concretamente, como ya explicaba ROBLES PLANAS³⁰, la participación ha ido surgiendo por la incongruencia en la determinación de la pena que es más alta para casos de mera pasividad que para aquellos en los que se realiza una participación activa en el delito

²⁹ Bacigalupo, E (2008), “La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley* n° 6962.

³⁰ Robles Planas, R. (2007), *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, Atelier, pp. 36 y ss.

comisivo, cuando la persona se encuentra en posición de garante. Esto es lo que ocurre en el ejemplo que indiqué sobre la diferencia de la pena impuesta en el caso de un padre que entrega un cuchillo al asesino de su hijo, en el que es cómplice (y se le aplicaría una pena inferior) que en el caso de que simplemente observe pasivamente como su hijo es asesinado.

Ante esta situación, el Tribunal Supremo ha ido incluyendo la participación omisiva en dos supuestos: aquellos en los que el omitente lo es por mera pasividad ante la comisión de un hecho delictivo cuando había realizado alguna actuación precedente y cuando la posición de garante es ocupada por los progenitores que permiten que se perpetren delitos contra sus hijos por parte de su pareja o del otro progenitor. Sin embargo hay otros supuestos en los que a juicio de la doctrina también podrían ser calificados de participación omisiva y sin embargo la jurisprudencia sigue resolviéndolos como casos de autoría, lo que nos lleva a pensar que quizá aún no reconoce la existencia de la participación por omisión en esos otros acontecimientos o simplemente llega a una conclusión diferente por utilizar un criterio de atribución de autoría distinto y realmente considera que en ese caso el omitente es autor.

Así, la primera Sentencia del Tribunal Supremo³¹ en la que se pudo descubrir que se admitía la participación en los delitos de omisión, enunció tres requisitos necesarios para la misma, que actualmente pueden ser más o menos discutibles. Así, a) un elemento objetivo, referente a que la omisión sea necesaria para que se produzca el resultado (en el caso de la cooperación necesaria) o simplemente eficaz (para la complicidad); b) un elemento subjetivo, referido a la voluntad propia del omitente de querer participar en la producción del resultado; y c) un elemento normativo, referente a la posición de garante del omitente.

Esta participación se aplicó en los casos que ya he enunciado anteriormente, en los de mera pasividad ante un hecho delictivo en el que se había contribuido con una actuación anterior, en los que dicha participación será calificada de cooperación necesaria o de complicidad en función de la aportación (hipotética) que ha tenido esa omisión a la producción del resultado. Además, también se ha aplicado al caso de la pareja o matrimonio que ha dejado que el otro componente de la misma haya cometido algún delito contra su hijo sin hacer nada para evitarlo, siendo declarado como cooperador necesario en este supuesto.

Sin embargo, aplicar la participación omisiva ha ocasionado muchos problemas a nuestros jueces y en muchos casos han optado por reconducir estas conductas bien como conductas activas o bien como conductas constituyentes de una omisión pura, sobre todo en los casos de

³¹ Véase STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1624)

pasividad en los que no queda demasiado claro que haya una obligación especial de actuar, es decir, que se encuentre en una verdadera posición de garante. Por otra parte, también se fue abandonando poco a poco la concepción de la participación en los casos de padres y madres que permiten que la persona que convive con ellos cometa una lesión sobre su hijo, evolucionando su postura hasta volver a considerar al garante como autor del delito de comisión por omisión.

Sucesivamente fueron apareciendo multitud de sentencias en este sentido, hasta que el Tribunal Supremo decidió volver a cambiar los requisitos para la admisión de la participación por la jurisprudencia³², siendo los mismos: a) La producción de un resultado concreto; b) La relación de causalidad hipotética entre la omisión y la no evitación del resultado en los términos expuestos en el art. 11 CP en el que se establece que la no evitación debe equivaler a su causación. Si bien esta relación de causalidad será diferente para la autoría o cooperación necesaria y para la complicidad. En el primer caso se exigirá *“un juicio de certeza o de probabilidad rayana en la certeza, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado”*. Habrá complicidad *“cuando de aquel juicio se desprenda que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado”*; c) Cuando el omitente reúna todas las características necesarias para poder ser autor del tipo activo del que se trate; d) Que realmente el omitente pudiera realizar la acción que en el caso concreto le era exigible y que decidió omitir; e) El omitente debe ostentar una posición de garante, independientemente de la fuente de la que provenga.

Por lo tanto, a raíz de estos requisitos, vemos que una vez nos encontramos ante un delito de comisión por omisión el verdadero criterio para apreciar esta participación sería la aportación de la omisión al resultado o la eficacia que habría tenido la hipotética actuación del omitente garante frente a la evitación de la producción del resultado, siendo cooperador necesario si dicha acción lo hubiera evitado o cómplice si solamente lo hubiera dificultado. Un ejemplo de esta línea jurisprudencial sería la STS de 9 de enero de 2013³³.

Aun así, este conjunto de criterios no es seguido de forma unánime por la jurisprudencia, sino que convive junto a otras líneas. Como ya he indicado con anterioridad, si bien en un primer momento se reconoció la participación cuando el garante era un padre que permitía mediante su omisión que su cónyuge o compañero que convive en el mismo domicilio que su

³² Véase STS de 9 de octubre de 2000 (A. 9958)

³³ Véase la STS de 9 de enero de 2013 (RJ 2013/4382).

hijo cometa un delito contra el mismo, posteriormente se optó por atribuirle la condición de autor o, a lo sumo, de cooperador necesario, por el tipo de posición de garante que tiene el padre. Hay resoluciones antagónicas al respecto. Este sector doctrinal entiende que la persona que ostenta una posición de garante con su omisión realiza una aportación al delito equivalente a su causación por lo que solo cabe reconocer que es autor en comisión por omisión. Sólo aprecian complicidad en el caso de que el omitente no ostente posición de garante alguna, ya que en caso contrario siempre será considerado autor, por lo que se vuelve a no reconocer la participación en los delitos de comisión por omisión por parte de este sector jurisprudencial.

La STS de 4 de marzo de 2010³⁴ sirve de ejemplo como evidencia de la posición de este sector doctrinal. Se trata de un homicidio cuya víctima es una menor que convivía con sus dos padres. En los hechos se enuncia que la niña venía siendo golpeada por su padre desde que nació, siendo este hecho conocido por su madre, que siempre permanecía pasiva ante la situación sin hacer nada para proteger a su hija. Estas lesiones por parte del padre ocurrían de forma continua hasta que un día, en la que los tres se encontraban en la habitación de un hotel, el padre golpeó brutalmente a la niña mientras la madre lo único que hacía era decirle que parara y que llamara a emergencias. Éste tardó más de una hora en llamar a emergencias, periodo durante el cual la menor falleció. La madre es condenada como autora de un delito de maltrato habitual, de lesiones del art. 147, de lesiones del art. 153 y de asesinato. La madre recurre la sentencia por entender que debería responder como cómplice de los hechos siguiendo la teoría del dominio del hecho. Sin embargo, este tribunal entiende que no es posible la aplicación de esta teoría a los casos de comisión por omisión debido a que es imposible que una persona que no realiza acto alguno tenga el dominio del hecho. Se reafirman en considerar a la madre como autora fundamentándose en la posición de garantía que ostenta por la equivalencia de la comisión por omisión con la autoría activa del delito. Además, concluyen diciendo que entienden que de forma hipotética si la madre hubiese actuado como debía haberlo hecho el resultado se habría evitado. Por parte del voto particular, sin embargo, se estimó que la madre merece ser condenada como cómplice debido a que no se

³⁴ Véase la STS de 4 de marzo de 2010 (RJ 2010/4056). El tribunal equipara la actuación activa del padre a la omisiva de la madre, *“tanto realiza la conducta típica, en este caso matar, quien realiza activamente una conducta dirigida a la producción del resultado como quien estando obligado a defender un bien jurídico, vida de un hijo menor, en este caso de 1 año de edad, frente a agresiones que le ponen seriamente en peligro, se desentendiende completamente de su protección y deja actuar al agresor, omisión de la actuación debida que se prolonga durante una hora”*.

da el requisito recogido en el art. 11 CP por el que la omisión equivalga a su causación, es decir, mediante su mera pasividad no mata a su hija.

En contraposición de esta línea jurisprudencial, la STS de 9 de enero de 2013³⁵ declara a la madre como cómplice por omisión en un delito de abusos sexuales llevado a cabo contra su hijo por parte de su compañero sentimental, el cual vivía en el mismo domicilio. En este caso, el Tribunal Supremo no está de acuerdo con la resolución de la Audiencia Provincial de Oviedo, toda vez que entiende que sería un comportamiento más propio de la autoría omisiva, sin embargo la Audiencia justifica su decisión en el hecho de que la madre tuvo conocimiento de los abusos sexuales que su pareja venía cometiendo contra su hijo tiempo después por lo que no podía esperarse que hiciera nada para evitarlo, aunque su conducta siguiera siendo de mera pasividad siendo ya conocedora de los hechos. Por lo tanto vemos como, al contrario que el Tribunal Supremo que siempre calificaría los hechos como de autoría omisiva debido a que la cooperación necesaria se asimila a la autoría, las Audiencias Provinciales sí que admiten la complicidad con mayor asiduidad.

A modo de resumen podemos concluir que la jurisprudencia no tiene un pensamiento unánime en cuanto a la admisión de la participación, como podemos ver en multitud de resoluciones. Así un sector la admite, aun cuando el omitente ostente la posición de garante, siendo el padre del hijo víctima del delito, siguiendo los criterios recogidos en la STS del 2000 y con más claridad en aquellos casos en los que el omitente lo es por mera pasividad cuando ha contribuido con algún acto anterior a que se genere el peligro. Sin embargo, y pese a que cada vez parece más clara la necesidad de admitir la participación omisiva, hay otro sector jurisprudencial que entiende que siempre que haya una posición de garantía el omitente debe ser automáticamente considerado autor por su especial deber de protección del bien jurídico y, por tanto, de evitar el resultado. Sólo la admiten para aquellos casos en los que el omitente no es garante.

³⁵ Véase la STS de 9 de enero de 2013 (RJ 2013/4382). En esta sentencia se vuelve a recurrir a los criterios que ya fueron enunciados en aquella en la que se admitió por primera vez la participación omisiva (STS de 10 de abril de 1981).

4. TOMA DE POSICIÓN EN CUANTO A LA ADMISIÓN O NO DE LA PARTICIPACIÓN OMISIVA

Tras el análisis de las diferentes teorías que han surgido de la doctrina penalista a lo largo de todo este tiempo y de los dictámenes de nuestros jueces, especialmente del Tribunal Supremo, podemos tener una visión general de la situación actual de la participación omisiva en nuestro derecho penal.

Con la postura que más en desacuerdo estoy sería con la de considerar a los delitos de omisión como delitos de infracción de un deber, ya que nos conduciría inevitablemente a resoluciones totalmente injustas para el omitente, asignándoles una pena desproporcionada si entendemos que debe haber una equivalencia entre la estructura de los delitos omisivos y los delitos comisivos. Ello porque el cómplice de un delito activo que realiza una acción tendrá menor pena que el omitente garante que permanece pasivo ante la comisión de un delito, que fundamentándonos en esta teoría, siempre sería autor en comisión por omisión del delito. Todo ello con la excepción de aquellos delitos en los que no pueda ser autor por ser delitos de propia mano que exijan determinados requisitos que la persona en concreto no reúne.

Tampoco me parecería adecuado diferenciar la autoría de la participación a partir del tipo de función de garantía que tiene el omitente. Es así debido a que en muchos casos es difícil diferenciar entre garante de control y garante de protección, lo que no nos soluciona el problema de su aplicación para casos reales. Nos interesa poder establecer una teoría que jurídicamente aporte seguridad para que todos los casos similares se resuelvan de igual modo por nuestra jurisprudencia.

Mi postura se encontraría más en línea con la teoría del dominio del hecho, considerando que sólo podría calificarse a un omitente garante como autor cuando su omisión sea el único hecho determinante para la producción del resultado, al igual que afirma GIMBERNAT³⁶. Esto ocurriría en los casos en los que una madre deja de proporcionar los alimentos necesarios a su hijo, lo que desemboca a la muerte inevitable del susodicho. Solo así entiendo que se cumpliría el requisito establecido en el art. 11 CP que exige que la no evitación del resultado equivalga a su causación. Sin embargo, en los casos en que dicho omitente actúa de manera

³⁶ Gimbernat Ordeig, E. (1970), “Recensión al libro de Bacigalupo, Delitos impropios de omisión”, en ADPCP, p. 726.

meramente accesoria a un actor de un delito activo, que siempre ostentaría el dominio del hecho, no podría ser calificado sino como cómplice o cooperador necesario del mismo. Se trataría de una diferenciación entre la acción principal, que sería la que realiza el autor del delito comisivo y la omisión que tiene lugar por parte del garante, que sería considerada como una acción auxiliar. Sólo la acción principal sería la que cumple con los elementos del tipo delictivo, siendo auxiliares el resto de acciones que intervengan de algún modo en la producción del resultado, lo que ocurriría con este tipo de omisiones que por sí solas no son las causantes de forma directa del resultado en cuestión. Para admitir la participación siempre se tiene que dar la condición de garante en la persona que omite la acción que debería haberse realizado.

Una vez admitida la participación omisiva podríamos distinguir entre los comportamientos que dan lugar a la complicidad y los que dan lugar a la cooperación omisiva. Para realizar esta distinción carecería de sentido calificarlo de cómplice o de cooperador necesario en función de la capacidad de evitación que habría tenido la actuación que hubiese llevado a cabo el garante en caso de haber realizado alguna actuación en orden a evitar el resultado y que efectivamente debería haber hecho, postura ésta que sigue la jurisprudencia y un sector de la doctrina. No sería conveniente utilizar este criterio ya que sería inviable afirmar que un acto, que en realidad no ha sido ejecutado habría tenido la capacidad de dificultar la producción del resultado (en este caso la omisión habría facilitado la comisión del delito) en el caso de la complicidad o de evitar completamente la producción del resultado para la cooperación necesaria, que se equipara en este sentido a la autoría.

Así, en la STS de 26 de marzo de 2010³⁷ en la que se condena a una madre como cooperadora necesaria por omisión en el delito cometido por su padre contra su hija (es decir el abuelo de la niña abusaba de ella), por comprender que la omisión de la madre ha sido indispensable para la comisión del delito. La madre conocía perfectamente lo que estaba ocurriendo porque había sido avisada de ello por diferentes familiares y por la menor pero permaneció pasiva ante aquellos sucesos.

En contra de la línea que ha seguido la jurisprudencia, y partiendo de que el omitente participa en un curso lesivo que realiza un autor de forma comisiva, la producción del delito

³⁷ STS núm. 283/2010 de 26 de marzo (RJ 2010/2431). En este caso realmente la madre no sólo permanece pasiva, sino que incluso alienta a su hija a que haga lo que su abuelo le dice, aumentando el riesgo de producción del resultado de una forma activa, sabiendo claramente lo que va a ocurrir por la situación que ella ya había vivido con aquella persona previamente durante su infancia.

se produce por dicha acción. El omitente no realiza la acción que debería haber hecho respecto a una fuente de peligro que ya había sido creada por un tercero que es el comitente del delito. De la verdadera posibilidad de controlar dicho peligro podría desprenderse el hecho de considerar a esa persona como cómplice o como cooperador necesario. Cuando el control de esa fuente de peligro solo habría supuesto dificultar la producción del delito, aunque la continuación de su curso habría sido inevitable, podríamos considerar que este omitente debería ser calificado como cómplice. Sin embargo, si de forma clara puede verse que esa persona tenía verdaderamente la posibilidad de controlar el peligro en el caso concreto y con ello, haberse evitado la producción del resultado lesivo, y a pesar de ello decide permitir que ese peligro continúe a niveles no permitidos a sabiendas de que se va a producir dicho resultado, debería ser considerado como cooperador necesario del delito en comisión por omisión.

Podríamos ver un posible caso de complicidad en los supuestos de titulares de armas que utilizan para la caza, o por dedicarse a la seguridad privada, Policía, etc., que a sabiendas de que hay posibilidad de que algún familiar suyo la utilice de forma indebida para llevar a cabo un homicidio no la guarda de forma segura. Se le entiende cómplice debido a que dicho homicidio podría haber sido igualmente cometido con cualquier otro tipo de instrumento o de arma, ya sea un cuchillo, un hacha, etc.

Sin embargo, hay casos en los que dicha omisión de control se entiende relevante o necesaria para que el delito se lleve a cabo, al igual que la cooperación necesaria en los delitos comisivos. Aplicado a los delitos omisivos, esta cooperación necesaria tendría lugar, por ejemplo, cuando una madre permite que el abuelo de su hija agrede sexualmente a su hija, dejando que conviva con ellas en casa, a sabiendas de que esa misma persona años atrás había cometido el mismo delito contra ella. Esta madre podría haber controlado el peligro con el simple hecho de no permitir que su hija fuera a dormir a la casa de su abuelo o no permitiendo que el abuelo fuera a la casa de ellas. Entiendo que ciertamente el control de la fuente de peligro habría evitado que el resultado se produjera.

5. RESOLUCIÓN DE CASOS REALES

En este apartado voy a proceder a analizar casos reales que han surgido en España y que ya han sido resueltos. Aplicaré mi punto de vista sobre la posibilidad de apreciación de la participación en un delito comisivo mediante una omisión impropia para la resolución de dichos casos.

- 1) El primer caso es el de la STS del 27 de abril de 2017³⁸. El caso versa sobre una pareja condenada por varios delitos. La víctima es una menor de edad, hija de uno de los componentes de la pareja. Concretamente la omisión en este caso se observa sobre un delito de agresión sexual cometido por la pareja de la madre de la víctima sin que la madre, conocedora de la situación, hiciera nada para impedirlo.

El requisito más importante para la comisión por omisión es que el omitente sea garante, ya que en caso contrario sólo podría ser autor de los delitos de omisión propia (arts. 195 y 450), como ya expliqué en el apartado 2.2. Este requisito se cumple ya que por ley la madre tiene el deber de proteger a su hija, art. 154 del CC³⁹. En concordancia con mi punto de vista, al ser cometido el delito de forma activa por un tercero, la madre solo podría ser partícipe del delito activo en comisión por omisión por no ostentar el dominio del hecho en ningún momento. La omisión de la acción que era esperado que hiciera no puede ser equiparada con la estructura de la autoría, sino con la estructura de la participación activa, toda vez que no se puede considerar que, en este caso, la no evitación del resultado equivalga a la producción del mismo. Por ello, dejando a un lado la calificación de la madre como autora del delito, nos quedarían los modos de participación. Los principales serían la cooperación necesaria, la complicidad y la inducción, sin embargo en la omisión no se reconoce la inducción.

Para diferenciar entre cooperación necesaria o complicidad hay que atender a la verdadera posibilidad que la madre tenía de controlar el peligro para la hija. Normalmente, en este tipo de casos en los que el delito, cuya víctima es la hija, se

³⁸ Véase la STS nº 305/2017 de 27/04/2017 (ROJ 1888/2017). Me reafirmo en la conclusión a la que llega el Tribunal al considerar a la acusada como cooperadora necesaria por omisión.

³⁹ Véase art. 154 CC “*La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respecto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2. Representarlos y administrar sus bienes*”.

realiza por parte del conviviente, deberíamos entender que el peligro es controlable, toda vez que la madre conocedora de que los hechos ocurren no hace nada para evitarlo, con la amplitud de actuaciones que podría haber llevado a cabo, como por ejemplo decidir cambiar de domicilio y separarse del comitente. Además, la madre deja claro que da su consentimiento o que no va a hacer nada para evitar que esos hechos se sigan produciendo ya que incluso los promueve diciéndole a su pareja “*que se follara a Concepción Raimunda, que para eso tenía mujeres en casa*”.

Ante todos estos hechos solo queda calificar a la madre como cooperadora necesaria en comisión por omisión del delito de agresión sexual.

- 2) El segundo caso que me parece interesante es el que surge a raíz de la STS del 15 de marzo de 2007⁴⁰. El suceso comienza con la aparición del acusado en el domicilio de la víctima, aprovechando la amistad que tenía con la víctima, junto con dos acompañantes. Iban a dormir aquella noche en su casa. En un momento en el que la víctima andaba por el pasillo de su casa, Raúl, el acusado, la agarró por detrás y se la llevó a la cama y la ató, con la ayuda de los otros dos individuos. Todo esto se realizó con la finalidad de cometer un robo. Uno de los individuos que en posesión de las cartillas bancarias salió a sacar dinero, regresó viendo frustrado su intento de robo y agredió a la víctima en presencia de Raúl, que se encontraba junto a ella vigilándola. Tras amenazar a la víctima y no obtener la clave de la cuenta le amenazó con violarla allí mismo. Tras ello tanto Raúl como el otro acompañante abandonaron la habitación dejando a la víctima junto a aquel individuo.

La clave de este caso, para lo que nos interesa en este trabajo, sería la calificación que habría que hacer a la omisión que realizó Raúl que podría ser considerada relevante en cuanto a la producción de la agresión sexual por parte de su acompañante hacia la víctima. No sería relevante la omisión del otro acompañante que simplemente respondería como autor de una omisión propia. Sí que podemos considerar a Raúl como autor de la omisión impropia ya que mediante su actuar anterior, llevando a sus acompañantes a dormir a la casa de la víctima con la intención de cometer el robo y de agarrarla y atarla a la cama la situó en una posición de peligro. Por ello, podemos considerar a Raúl como garante.

⁴⁰ Véase la STS núm. 213/2007 de 15 de marzo (RJ 2007/3269).

En primer lugar descartaríamos que se le pueda calificar como autor ya que participa mediante una “acción auxiliar” (una omisión) en el hecho delictivo de un tercero, su acompañante. Por lo tanto solo puede ser considerado partícipe del delito de agresión sexual. El problema lo encontramos para considerar a Raúl como cooperador necesario o como cómplice. En este caso concreto y siguiendo el criterio de diferenciación establecido por el que será cooperador necesario si se entiende que podría haber controlado la fuente de peligro o, por el contrario, será cómplice cuando solo hubiera podido dificultarlo, para mí tendría que ser considerado como cómplice. Entiendo que es cómplice por omisión del delito de agresión sexual en tanto que aunque inicialmente fuera él quien introdujera a los individuos en el domicilio de la víctima, nada podría haber hecho para poder evitar que se produjera la agresión sexual, aunque sí que podría haberla dificultado. Él propiamente origina el riesgo para la víctima aunque no tiene el dominio del hecho sobre la agresión sexual que comete su compañero, si bien una vez surgido el riesgo dejó que siguiera su cauce habiendo podido hacer algo para, por lo menos, dificultar que ese acto hubiera tenido lugar, aunque posiblemente no podría haberse evitado.

Si bien en este caso podrían surgir ciertas dudas por haber sido el propio omitente el que había atado a la víctima a la cama, aunque entiendo que era con la finalidad de cometer el robo y nunca para que se produjera la agresión sexual.

3) El tercer caso lo he extraído de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 16 de diciembre de 2005⁴¹. En los hechos que se suceden intervienen tres sujetos: Federico, Baltasar y Sergio. Los tres se conocían previamente, siendo Sergio el sobrino de Baltasar, y en aquel momento se encontraban de fiesta en una discoteca por ser la feria del pueblo. Cuando salieron del local, Baltasar le quitó a Federico su móvil, lo que inició un enfrentamiento entre ambos, tras lo cual Sergio agredió a Federico para defender a su tío, quedando el primero inconsciente en el suelo. Ambos sujetos se marcharon dejando a Federico allí tirado. Una vez que Federico hubo recuperado la consciencia fue en busca de Baltasar. Sergio, que lo vio aparecer, se abalanzó hacia él y le volvió a golpear, mientras que Baltasar permanecía a pocos metros sin hacer nada. Federico falleció posteriormente como consecuencia de

⁴¹ Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núm. 40/2005, de 16 de diciembre (ARP 2006/97).

los golpes que había recibido. Además, Baltasar y Sergio despojaron a Federico de todos los bienes que llevaba consigo, incluyendo su ropa.

El problema está en cómo calificar a Baltasar dentro del delito de homicidio que es realizado por su sobrino pero que, sin embargo, él presencia a pocos metros sin hacer nada para evitar lo que está sucediendo aun pudiendo hacerlo. Es claro que en este caso Baltasar es garante respecto de Federico por haberlo situado en esa posición de peligro con carácter previo a través de la sustracción del teléfono móvil. Baltasar es consciente de lo que va a ocurrir y, aun sabiendo que puede hacer algo para evitar el resultado, no hace nada para que el agravio para el bien jurídico no llegue a producirse. Obviamente no podemos calificarlo como autor del delito ya que el dominio del hecho lo tiene en todo momento su sobrino Sergio. A pesar de ello sí que podemos considerarlo partícipe por cuanto su pasividad ante los hechos es relevante para que el resultado finalmente se produzca. El problema se encuentra, una vez más, en saber si debe ser considerado cooperador necesario o cómplice. En este caso yo calificaría a Baltasar como cooperador necesario partiendo, en primer lugar, de que fue la persona que originó el peligro para Federico por robarle el móvil y, en segundo lugar, a la vista de que los hechos tienen lugar porque el sobrino sale en su defensa, cabría esperar que si Baltasar hubiese intervenido calmando a su sobrino finalmente el riesgo habría acabado siendo controlado, pero sin embargo éste permanece pasivo haciendo ver que verdaderamente quería el resultado que finalmente llegó a producirse.

6. CONCLUSIONES

Partiendo de un delito que surge como consecuencia de una omisión podemos encontrarnos ante un delito de omisión propia o un delito de omisión impropia. Los delitos de omisión impropia sólo surgen en contextos en los que el omitente posee una determinada obligación como garante que es. Es en estos últimos supuestos en los que cabe la apreciación de la participación omisiva. Sin embargo, tras analizar varias sentencias vemos como en aquellos casos en los que el omitente no es garante la jurisprudencia, en lugar de calificarlo como autor de un delito de omisión propia de los tipificados en los arts. 195 y 450 del CP, decide condenarlos como partícipes, más concretamente como cómplices por omisión en los delitos comisivos realizados por un tercero.

Tras realizar un extenso análisis sobre las diferentes teorías defendidas por la doctrina, pasando por autores que no la admiten, otros que consideran al omitente siempre como partícipe y aquellos otros que se encuentran en una posición intermedia, no se puede llegar a una conclusión clara sobre que teoría podría ser más acertada. Verdaderamente los estudios posteriores deben ir encaminados en la aceptación de la participación, si bien no hay que dejar a un lado la verdadera dificultad de establecer un criterio único para poder apreciar la participación omisiva en la realidad. Estas trabas me he encontrado yo al tomar mi propia postura e intentar aplicarla a casos que ya han sido resueltos. Estos problemas surgen principalmente por la dificultad de encuadrar al omitente dentro de la posición de cooperador necesario o de cómplice, ya que al no consistir la omisión en la materialización de la verdadera intención del individuo no sabemos cuál ha sido la verdadera trascendencia de la omisión en cuestión para la producción del resultado. Es decir, no cabe la posibilidad de saber si la omisión del sujeto ha sido esencial o determinante para la producción del resultado o simplemente la ha facilitado. Quizá una solución pasaría por diferenciar únicamente entre autoría y complicidad y sólo considerar al omitente como cómplice cuando no actuase un tercero como autor del tipo, y fuera considerado como autor cuando la omisión sea considerada como el elemento principal del curso causal.

Ante todo esto solo queda esperar que surja un criterio, que posiblemente no será ni el más adecuado ni el más justo, pero podrá ayudarnos en esa seguridad jurídica que tanto necesita nuestro Derecho Penal ante casos de este tipo.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, E. (2008), “La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley* N° 6962.
- Cerezo Mir, J. (2001), *Curso de Derecho penal español, Parte General*, Madrid, Tecnos.
- Cramer, P. (1982), *SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER*, StGB.
- Gallas, W. (1960), “Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung”, JZ
- Gimbernat Ordeig, E. (1999), “Artículo 11”, *Comentarios al Código penal, Cobo del Rosal (Dir.)*, Madrid, Edersa.
- Gimbernat Ordeig, E. (1970), “Recensión al libro de Bacigalupo, Delitos impropios de omisión”, en ADPCP.
- Gracia Martin, L. (2001), “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, UNED.
- Herzberg, R.D. (1972), *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, Nueva York, Walter de Gruyter.
- Jakobs, G. (1993), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter.
- Kaufmann, A. (1959), *Die Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Schwartz
- Luzón Peña, D.M. (1986), “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, *Poder Judicial*, n°.2.
- Portilla Contreras, G (1999), “La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad”, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro-Homenaje al profesor doctor don Ángel Torío López*, Granada, Comares.
- Robles Planas, R. (2007), *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en delitos especiales*, Barcelona, Atelier.

Roxin, C. (2016), *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons.

Roxin, C. (2003), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II*, C.H. Beck, München.

Rueda Martín, M^a A. (2013), *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Barcelona, Atelier.

Silva Sánchez, J. M^a. (1989), “Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *Cuaderno de Política Criminal*, n^o. 38, nota 103.

Silva Sánchez, J. M^a (1992), “Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario”, *Revista Jurídica de Cataluña*, n. 2.