

InDret

REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal

Comentario a la STS nº. 832/2013, de 16 de diciembre de 2013

M^a Ángeles Rueda Martín

Universidad de Zaragoza

BARCELONA, ENERO DE 2015

Abstract

En este comentario a la STS n.º. 832/2013, de 16 de diciembre de 2013 se aborda el interrogante relativo a si es necesario exigir que el autor ostente una posición de garante para imputar una responsabilidad ya sea en un delito de acción, o en una comisión por omisión en un delito de resultado. Seguidamente se expone la valoración del supuesto de hecho enjuiciado por el TS, se analiza y se fundamenta una respuesta (negativa) a la pregunta planteada.

In diesem Kommentar zu spanischen BGH n.º. 832/2013, Beschl. v. 16.12.2013, stellt sich die Frage, ob es nötig ist, dass der Autor Garant ist, eine strafrechtliche Verantwortlichkeit entweder für Begehungsdelikten oder für Unterlassungsdelikten zuzurechnen. Im Folgenden wird die Argumentationsstruktur der Beschlüsse dargestellt, analysiert und eine (negative) Antwort begründet.

This commentary of the Supreme Court Judgment number 832/2013, of 16 December 2013, addresses the question on whether it is necessary to require that the author holds a position of guarantor to impute responsibility either in a crime of action or in a commission by omission in a crime of result. The criteria set in the paper are based on the case analysed by the Judgment of the Supreme Court and on the assessment of the mentioned case made by the Supreme Court in this resolution.

Sumario

- 1. Introducción: el supuesto de hecho**
- 2. La valoración del supuesto de hecho por parte del TS y planteamiento de un interrogante: ¿es necesario exigir que el autor ostente una posición de garante para imputar una responsabilidad ya sea en un delito de acción, o en una comisión por omisión en un delito de resultado?**
- 3. Breves reflexiones críticas sobre la necesidad de apreciar una posición de garante para atribuir una responsabilidad en los delitos de acción**
- 4. Consideraciones críticas sobre la fundamentación de la responsabilidad en comisión por omisión en una posición de garante. Lo acertado de la valoración del supuesto de hecho enjuiciado por el TS**
- 5. La necesidad de apreciar un dominio o un poder de disposición sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en el omitente para concluir la identidad entre la omisión y la correspondiente acción desde el punto de vista del tipo de lo injusto. Su aplicación al supuesto de hecho enjuiciado por el TS**
- 6. Bibliografía**

* La realización del trabajo que se presenta en esta Revista a los lectores desarrolla uno de los objetivos de investigación del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza financiados por el departamento de Industria e Innovación del Gobierno de Aragón y el Fondo Social Europeo. El Grupo de Estudios Penales se ha reconocido como grupo de investigación consolidado por la Dirección General de Investigación, Innovación y Desarrollo del Gobierno de Aragón (B.O.A. de 28 de agosto de 2014), y del que el Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar es el investigador principal.

1. Introducción: el supuesto de hecho

En los hechos probados que se enjuician en la STS n.º. 832/2013, de 16 de diciembre de 2013, se expone que Celestina, mayor de edad y sin antecedentes penales, inmigrante de Senegal, vino a Cataluña en 2010 con sus hijos, una vez que su marido, Anibal, residente en Cataluña desde 1999, consiguiera permiso para reagrupar a su familia. El 16 de agosto de 2010, Celestina, acompañada de su esposo y la menor de sus hijos, Hortensia, nacida en una aldea de Senegal, acudieron al centro de atención primaria de Premiá de Mar donde, con motivo de la exploración realizada dentro del protocolo de actuación de niños inmigrantes, le fue apreciada la extirpación del clítoris y, como secuela, sinequia o adherencia de labios menores que obtura los orificios uretral externo y vaginal, con una abertura mínima de entre 3 y 5 milímetros de diámetro, que precisará tratamiento quirúrgico. Asimismo se indica expresamente que «la citada lesión fue causada directamente por la acusada, Celestina, o por otra persona con su consentimiento, antes de venir a España, como consecuencia de motivos religiosos y culturales imperantes en las zonas rurales de Senegal».

La Audiencia Nacional en su sentencia de 4 de abril de 2013 condenó a Celestina como autora responsable de un delito de lesiones en comisión por omisión en su modalidad de mutilación genital, con la concurrencia de un error de prohibición vencible, entre otras, a la pena de dos años de prisión. Uno de los motivos esgrimidos por la Audiencia Nacional para fundamentar dicha condena fue que «a efectos penales es indiferente que las causara materialmente la acusada, la madre de ésta o un tercero, bastando la condición de madre de la menor, para responsabilizarle en aras a las obligaciones que la patria potestad le imponía. En cualquier caso la responsabilidad devendría por la vía de la comisión por omisión (artículo 11 del Código penal)». En este precepto se establece que «los delitos o faltas 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 de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) cuando exista una especial obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente». La representación de Celestina interpuso un recurso de casación por infracción de ley, entre otros, por una parte, por la vulneración del artículo 24.2 de la Constitución española que recoge el derecho a la presunción de inocencia y por la violación del principio *in dubio pro reo*; y, por otra parte, por la aplicación indebida del mencionado artículo 11 del Código penal. La recurrente sostiene «que no se ha practicado una prueba de cargo mínima, apta y suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia» y se basa en su propio testimonio, «en modo alguno desvirtuado, en el que ha negado abierta y contundentemente su autoría o participación en los hechos que se le imputan». Además niega «que su conducta esté incluida en el artículo 11 como omisión con resultado positivo (comisión por omisión) al exponer a su hija al inevitable peligro de que le fuera practicada la lesión genital. No concurriría —a su juicio— el manifiesto conocimiento y consentimiento de la impugnante a la lesión que padece su hija, o dicho en otros términos, no aparece en el *factum* la omisión consciente por haber dejado a su hija cuando contaba un año al cuidado de su madre (abuela materna), lo que por sí mismo no implica aceptación del resultado de la extirpación del clítoris que padeció».

2. La valoración del supuesto de hecho por parte del TS y planteamiento de un interrogante: ¿es necesario exigir que el autor ostente una posición de garante para imputar una responsabilidad ya sea en un delito de acción, o en una comisión por omisión en un delito de resultado?

El TS en la sentencia n.º. 832/2013, de 16 de diciembre de 2013, objeto de este comentario, absuelve a Celestina del delito por el que se le acusaba con el apoyo en los siguientes argumentos, entre otros: por un lado, se concluye que tiene razón la recurrente al estimar vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, porque «la Audiencia en su fundamentación jurídica realiza manifestaciones que envuelven un alto grado de incerteza en la determinación de la autoría y en la conciencia de la ilicitud del hecho», ya que «la única prueba incriminatoria (el testimonio del enfermero) y la interpretación que de él hace la Audiencia, es absolutamente insegura y abierta, y en modo alguno justifica la participación consciente o negligente de la acusada en el hecho enjuiciado». Por el contrario, el TS parte del testimonio razonable y persistente de la acusada del que «no consta la forma y circunstancias en que se ha mutilado a la niña». Por otro lado, el TS sentencia que «de las probanzas existentes en la causa no aflora la conciencia en la acusada de un deber jurídico, ya que no era consciente del riesgo que podía entrañar dejar la niña al cuidado de su madre, a la que se debe suponer de plena responsabilidad para cuidar a su nieta. En cualquier caso no cabe responsabilizarle por la simple condición de madre de la menor en razón de los deberes impuestos por la patria potestad, pues de ser así, como bien apunta el recurrente, su esposo, padre de la menor, hubiera soportado el mismo resultado condenatorio, al ser juzgado en este mismo proceso, con iguales pruebas que la recurrente (su testimonio, declaración del enfermero y dictámenes periciales), cuando resultó absuelto como se comprueba en los folios 209-213 de la presente causa».

No obstante, el Sr. Magistrado Manuel Marchena Gómez formuló un voto particular a la STS n.º. 832/2013, de 16 de diciembre de 2013, puesto que la aludida sentencia no extrae todas las consecuencias jurídicas que se derivan de un hecho que, en su opinión, habría permitido confirmar el juicio de autoría, tal y como fue formulado por la Audiencia Nacional, y que se refiere «a la condición de garante de la acusada, madre de Hortensia, quien ejercía la patria potestad sobre su hija y a la que correspondía su custodia. Y ello pese a que las largas jornadas de trabajo a la que le obligaba su dedicación a la agricultura, le exigieran poner a la niña al cuidado de su abuela materna. En la sentencia recurrida no se ofrecen datos que nos permitan concluir la existencia de períodos de interrupción en la custodia de la menor que hayan podido convertir en puramente nominal la titularidad de la patria potestad y la efectiva custodia de la niña. Desde esta perspectiva adquiere pleno significado el fragmento del Fundamento Jurídico 2º de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, en el que se razona en los siguientes términos: "... partiendo de tal premisa, a la hora de declarar la autoría de la acusada acerca de la lesión causada a la menor Hortensia, no hace falta que las pruebas practicadas conduzcan, de forma inequívoca, a la imputación directa y material de la acusada, pues dado el tipo penal cometido, la edad de la víctima y la existencia del vínculo materno-filial existente, a efectos penales, es indiferente que las lesiones las causara materialmente la acusada, la madre de esta última, —tal como la acusada insinuó—, o fueran perpetradas por un tercero, bastando que la acusada, en su condición de madre de la menor y, por tanto, en el ejercicio de la patria potestad que le correspondía, hubiera consentido, en aras de la tradición y costumbres del lugar, que su hija sufriera la lesión en el

entorno familiar o se viera expuesta a sufrirla, derivada de la anacronía de costumbres ancestrales...."».

El supuesto enjuiciado por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo y sus respectivas valoraciones plantean diversos interrogantes que merecen todos ellos un análisis autónomo como, por ejemplo, el tratamiento de la presunción de inocencia o del error de prohibición. Sin embargo, hemos elegido abordar sólo un interrogante: ¿realmente es indiferente que las lesiones de la víctima menor de edad las causara materialmente la acusada, que era su propia madre, o un tercero, bastando para atribuir a la acusada una responsabilidad penal la concurrencia de su condición de madre? O expresado en otros términos ¿es necesario exigir que el autor ostente una posición de garante para imputar una responsabilidad ya sea en un delito de acción, o en una comisión por omisión en un delito de resultado? En el presente comentario nos centraremos exclusivamente en esta cuestión porque dicha resolución jurisprudencial se erige en un marco adecuado para discutir sobre la necesidad de exigir una posición de garante en los delitos de acción o de comisión por omisión para atribuir una responsabilidad penal, mediante el examen, por un lado, de la condición de garante de la acusada, Celestina, madre de la víctima menor de edad, que ejercía la patria potestad sobre su hija y a la que correspondía su custodia, y, por otro lado, su idoneidad para erigirse en requisito para poder atribuir una responsabilidad penal. Para ello, en primer lugar, realizaremos unas breves reflexiones críticas sobre la oportunidad de apreciar una posición de garante para atribuir una responsabilidad en los delitos de acción dolosos o imprudentes. Seguidamente se analizará con más profundidad la exigencia de una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal en los delitos de comisión por omisión.

3. Breves reflexiones críticas sobre la necesidad de apreciar una posición de garante para atribuir una responsabilidad en los delitos de acción

Como se ha apuntado, en la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de abril de 2013 y en el voto particular a la STS nº. 832/2013, de 16 de diciembre de 2013, se afirma expresamente que «es indiferente que las lesiones las causara materialmente la acusada, la madre de esta última, – tal como la acusada insinuó –, o fueran perpetradas por un tercero, bastando que la acusada, en su condición de madre de la menor y, por tanto, en el ejercicio de la patria potestad que le correspondía, hubiera consentido, en aras de la tradición y costumbres del lugar, que su hija sufriera la lesión en el entorno familiar o se viera expuesta a sufrirla, derivada de la anacronía de costumbres ancestrales...."».

En mi opinión, para atribuir responsabilidad penal a la acusada madre de la víctima menor de edad no puede ser indiferente que ella haya realizado materialmente el hecho o que haya consentido que un tercero lo ejecutara. Por el contrario, con carácter previo hay que determinar si la madre ha realizado materialmente una acción consistente en una mutilación genital sobre su propia hija menor de edad y con el correspondiente dominio del hecho, o si ha omitido realizar una acción tendente a evitar dicha mutilación cuando un tercero la ha llevado a cabo. Esta determinación es imprescindible porque la atribución de responsabilidad penal es diferente si el delito se realiza mediante una acción o una omisión, como se deduce de la regulación del artículo 11 del Código penal. Resulta difícil de aceptar que la atribución de responsabilidad penal dependa de la concurrencia en la autoría de un simple dato objetivo, esto es, la condición o el rol de madre de la víctima menor de edad, del cual surgen una

serie de deberes y obligaciones y cuya defraudación conlleva una responsabilidad penal. Esta posición recuerda a la tesis sostenida por un muy cualificado sector doctrinal como, por ejemplo, JAKOBS, REYES ALVARADO o PIÑA ROQUEFORT, que parten de un esquema de interpretación de lo típicamente relevante configurado por las expectativas dirigidas al portador de un rol, refiriéndose la denominación “rol” a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, cuyo concurso es imprescindible para que puedan adquirir un significado socialmente vinculante las acciones individuales¹. El rol se compone de expectativas tanto de omisión –aquello que se espera que no haga quien ostenta el rol– como de acción –aquello que positivamente debe desarrollar quien ostenta el rol–². En la concepción de JAKOBS la ejecución de un rol genera unas posiciones de garante –normativas–, cuya defraudación conduce a una responsabilidad tanto en el delito de acción como en el delito de omisión, de modo que la mencionada ejecución de un rol ofrece las pautas necesarias para interpretar de modo generalmente válido un comportamiento³. La estandarización del comportamiento a través de la ejecución de un rol aparece, entonces, como un criterio de valoración de la conducta y en función del mismo se determinará cuándo existe un riesgo no permitido. El requisito mínimo de la defraudación de expectativas garantizadas jurídicamente es el quebrantamiento de un rol⁴, de modo que el sistema que debe velar por que las normas permanezcan vigentes, no debe distinguir si ellas se han vulnerado por una conducta activa o por una omisión⁵.

Frente a esta posición doctrinal y frente a la argumentación esgrimida por la Audiencia Nacional y por el voto particular indicado, hay que poner de manifiesto que el criterio de valoración de un comportamiento basado en el quebrantamiento del rol no aporta claridad a la cuestión relativa a la atribución de responsabilidad penal⁶, puesto que dicho quebrantamiento no se puede valorar sin vincularse a un comportamiento concreto. En relación con el supuesto enjuiciado en la STS objeto de este comentario, el quebrantamiento del rol de madre no se puede afirmar si previamente no se ha determinado cuál ha sido el comportamiento activo u omisivo realizado por la progenitora. Por otro lado, tampoco resulta convincente que la madre quebrantara su rol y defraudara unas expectativas por el hecho de sufrir su hija una mutilación genital, porque como indica la misma STS n.º. 832/2013, de 16 de diciembre de 2013, «desde el punto de vista de la

¹ Véase JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, pp. 97 y s. La solución normativa propuesta por REYES ALVARADO se caracteriza porque «para la determinación de si un riesgo es o no jurídicamente desaprobado lo determinante no es entonces lo que el individuo pudo hacer para evitar el resultado, sino aquello que debió haber hecho para impedirlo, con lo cual se abandona un criterio eminentemente subjetivo como el del “hombre prudente” para adoptar en su lugar uno claramente objetivo, fundamentado sobre la existencia de una posición de garante derivada de las expectativas de comportamiento social (deber de actuación). Desde este punto de vista, la valoración de un riesgo como permitido o prohibido presupone la confrontación de la conducta efectivamente desarrollada con una conducta hipotética que es la que debería haberse desarrollado; sólo en este sentido es válido afirmar que las reglas de conducta social indicadoras de la forma en que el individuo debe conducirse constituyen una hipótesis que sirve de auxiliar metódico para la valoración del riesgo»; véase REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1994, pp. 116 y s.; pp. 113 y ss. Sobre la fundamentación de esta posición doctrinal véase la exposición efectuada por PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, 2005, pp. 142 y ss., 268 y ss., 413 y ss.

² Véase PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, 2005, pp. 176 y 289.

³ Véase JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», en *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 114 y ss.

⁴ Véase JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, pp. 89 y ss.

⁵ Véase PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, 2005, p. 289.

⁶ Véanse PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 64, quienes estiman desde sus presupuestos que «es menos seguro que la idea de rol utilizada por JAKOBS en este ámbito pueda aportar claridad al problema. El rol como mucho es una abreviatura del ciudadano modelo en cada contexto, y esto último es precisamente lo que la imputación objetiva del comportamiento debe determinar».

actuación omisiva o negligente, no puede tildarse de conducta irresponsable trasladar el cuidado y custodia de hecho a la abuela materna, que debe considerarse tan responsable o más que la madre, si ésta última por imperiosas razones vitales de subsistencia tenía que trabajar en el campo..... Por último, ni siquiera por la vía de la omisión negligente del artículo 11 CP, se acreditan hechos susceptibles de generar responsabilidad por la circunstancia de tener asignada la custodia legal por ley, cuando de facto se trasladó transitoria e intermitentemente a la abuela, por razones justificadas de necesidad». Lo primero que hay que determinar cuando se estudia si una persona ha cometido un delito es si ha realizado una acción o una omisión, puesto que la atribución de responsabilidad penal es diferente en ambas modalidades de comportamiento. En el caso que estamos comentando no ha quedado acreditado que la propia madre de la víctima ejecutara con dominio del hecho la ablación del clítoris de su hija menor de edad en Senegal, por lo que no puede haber una responsabilidad por acción. Si se hubiera acreditado que fue la madre la persona que materialmente realizó la mutilación genital sobre su hija menor de edad, la atribución de responsabilidad penal no habría dependido de su condición de madre sino de la realización de la acción típica descrita en el artículo 149.2 del Código penal con el dominio del hecho. Por supuesto que en tal supuesto concurriría una relación materno filial entre el sujeto activo del delito y el sujeto pasivo, que supondría una agravación de lo injusto específico realizado, desvalorada en nuestro Código penal mediante la aplicación de la circunstancia agravante de parentesco contemplada en el artículo 23 del Código penal. A mi juicio, la STS n.º. 832/2013, de 16 de diciembre de 2013, concluye acertadamente con la absolución de la acusada, porque «la Audiencia en su fundamentación jurídica realiza manifestaciones que envuelven un alto grado de incerteza en la determinación de la autoría y en la conciencia de la ilicitud del hecho», a lo que habría que añadir también el reproche centrado en la falta de claridad en la atribución de responsabilidad penal, por la utilización del criterio de valoración de la conducta basado en el quebrantamiento del rol de madre por parte de la Audiencia Nacional, sin la precisión del comportamiento concreto realizado por la progenitora.

4. Consideraciones críticas sobre la fundamentación de la responsabilidad en comisión por omisión en una posición de garante. Lo acertado de la valoración del supuesto de hecho enjuiciado por el TS

En este epígrafe vamos a analizar la siguiente pregunta: ¿es necesario exigir que el omitente ostente una posición de garante, como en este caso la condición de madre de la menor de edad víctima de una mutilación genital, para imputar una responsabilidad en comisión por omisión en un delito de resultado? No obstante, antes de abordar este concreto interrogante hay que tratar otro más amplio con el que se encuentra estrechamente relacionado: ¿cuándo estamos ante una omisión penalmente relevante? Para responder a dicha pregunta la doctrina ha expuesto diversas concepciones de los delitos de omisión, o con más precisión, de los delitos de comisión por omisión que, sin embargo, presentan pocos elementos en común. Sintetizando en este comentario los aspectos generales en discusión, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de forma prácticamente unánime exigen una posición de garante para castigar por comisión por omisión, ya sea a título de autor como a título de partícipe⁷, si bien es cierto que se han alzado autorizadas

⁷ Véanse a mero título de ejemplo, STREE/BOSCH, «§ 13», *Strafgesetzbuch Kommentar*, Schönke/Schroöder, 28ª ed., 2010, nm. 7 y ss., 17 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, 9ª ed., 2011, L12/33 y ss., L 15/85; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, Teoría jurídica del delito*/2, v. III, 1ª ed., 2001, pp. 263 y ss., 232 y s.; MUÑOZ

voces en la doctrina que estiman que la aludida posición de garante no es necesaria para imputar una responsabilidad penal por omisión⁸. Incluso dentro de la aludida opinión mayoritaria las discrepancias surgen sobre si la posición de garante se define según determinadas fuentes formales, como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia), o si se fundamenta en una relación material permanente de un sujeto con un bien jurídico o con campos de peligro en virtud de las funciones que aquel desempeñe⁹. Otro aspecto discutido, con carácter general, es si la posición de garante define el criterio de la equivalencia o identidad entre la acción y la omisión con alguna exigencia adicional de imputación objetiva para fundamentar una responsabilidad¹⁰; si, por el contrario, la posición de garante y la equivalencia o identidad entre la acción y la

CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, 8ª ed., pp. 244 y ss., 446 y s.; ZUGALDÍA/MORENO-TORRES/PÉREZ/MARÍN/RAMOS, *Fundamentos de Derecho penal, Parte General*, 4ª ed., 2010, pp. 480 y ss., 491 y s.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Comentarios al Código penal, Artículo 11*, 2010, pp. 92 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, Artículo 28, párrafo 2.º, b)*, 2010, pp. 256 y s.; WEIGEND, «§ 13», *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12ª ed., 2007, nm. 25 y ss.; SCHÜNEMANN, «§ 27», *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12ª ed., 2007, nm. 52. Véanse también, por ejemplo, las SsTS nº. 1538/2000, de 9 de octubre; nº. 358/2010, de 4 de marzo y 459/2013, de 28 de mayo.

⁸ En el ámbito de la autoría en comisión por omisión GRACIA MARTÍN rechaza de forma explícita que la posición de garante configurada formalmente o materialmente, fundamente en la esfera normativa la identidad entre una acción y una omisión; véase GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 468 y ss. Tampoco utilizan la expresión “garante”: GIMBERNAT ORDEIG, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, 1999, pp. 409 y ss., quien emplea los términos “encargado de una fuente de peligro”; SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, 1999, p. 475 que se refiere a la asunción específica de la función de control de riesgos concretos para bienes determinados (el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos); ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices, La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, p. 56 quien también prescinde de la denominación “posición de garante” y alude a la “competencia específica del sujeto en relación con el peligro que los amenaza”.

Véanse, expresamente, sobre el rechazo de la posición de garante en el partícipe omisivo LUZÓN PEÑA, «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», *Poder Judicial*, (2), 1986, p. 87; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?. (Comentario a la STS, Sala 2ª, de 8 de octubre de 1991)», *Poder Judicial*, (24), 1991, p. 209; TRAPERO BARREALES, «La participación omisiva en el delito de abusos sexuales: ¿La guarda de hecho como posible fundamento de la posición de garante? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2000», *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 2003, pp. 449 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, 2002, pp. 107 y ss.; RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, 2005, pp. 190 y ss.; RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, 2013, pp. 53 y ss., 124 y ss.

⁹ Véase las características de la posición de garante exigida por la doctrina mayoritaria efectuada por GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 435 y ss. Sobre la ley, el contrato y la injerencia como fuentes de la posición de garante, véase GIMBERNAT ORDEIG, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, 1999, pp. 414, 415 y s. ROMEO CASABONA se manifestó críticamente con la fundamentación de la posición de garante en las teorías formales y en las materiales, puesto que desde estas dos perspectivas se pretenden extraer posiciones de garante no establecidas inequívocamente o de modo suficiente, o porque se corre el riesgo de querer derivar deberes jurídicos de simples deberes morales, o de confundir éstos con aquéllos. Véase ROMEO CASABONA, «Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político criminal», en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, 1993, pp. 930, 931, 932 y s. Un ejemplo de la crítica expuesta por ROMEO CASABONA se encuentra en la STS de 9 de octubre de 2000 (A. 9958) que castigó a Manuela, que acababa de comenzar una relación sentimental con convivencia con Enrique, por una cooperación necesaria en comisión por omisión en un delito de abusos sexuales realizado por Enrique sobre su hija Marta de seis años, por no hacer nada para impedir dichos abusos y por ostentar, a juicio del Tribunal, una posición de garante al fundamentar que Manuela tenía una guarda de hecho sobre la menor. Véase el comentario crítico de dicha sentencia efectuado por TRAPERO BARREALES, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 2003, pp. 449 y ss.

¹⁰ Véanse en este sentido, por ejemplo, RUDOLPHI/STEIN, «vor § 13», *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2009, nm. 55, con referencias.

omisión son dos requisitos independientes que necesariamente deben confluír de modo cumulativo para imputar una responsabilidad penal en un delito de resultado en comisión por omisión¹¹; o si, finalmente, para imputar una responsabilidad penal en un delito de resultado en comisión por omisión sólo se necesita una identidad entre la acción y la correspondiente omisión desde el punto de vista del correspondiente tipo de lo injusto¹². La complejidad de estas cuestiones multiplica exponencialmente la dificultad para encontrar una solución mínimamente consensuada en torno a la atribución de una responsabilidad penal en comisión por omisión. Se puede afirmar que tal dificultad se concentra en la denominada por GRACIA MARTÍN «caótica maraña de construcciones del delito impropio de omisión que ofrece la doctrina tradicional», y que a su juicio «se puede reducir en apretada síntesis a que la posición de garante, fundamentada de tan diversas maneras, es determinante para la configuración del tipo de aquel delito, mientras que el requisito de la igualdad de la omisión y de la acción correspondiente queda minimizado y prácticamente relegado al plano de la superficialidad verbal y de la retórica»¹³.

Con carácter general, la omisión es la no realización de una acción que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba¹⁴, y en consecuencia el desvalor de la omisión radica en «la no realización de la acción que el sujeto podía y debía realizar»¹⁵. La determinación de la acción que el sujeto podía y debía realizar, es decir, el valor de la acción omitida debe extraerse de los mandatos de realizar determinadas acciones dirigidas a conseguir un fin socialmente valioso o a evitar la producción de resultados socialmente no deseados, implícitos en los tipos de los delitos de omisión¹⁶. Además en esta tarea de determinar el valor de la acción omitida no podemos prescindir de cuál es el bien jurídico protegido por el tipo correspondiente. No todo el que no evita un resultado pudiendo hacerlo comete un delito de comisión por omisión, tal y como se deduce de la misma existencia de los delitos puros de omisión como los contemplados en los

¹¹ Véanse en este sentido, por ejemplo, BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, 2005, pp. 217 y ss., 221 y ss., 229 y ss.; VIVES ANTÓN, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, 1999, pp. 524 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, «La regulación de la “comisión por omisión” (artículo 11)», en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 66, 67, 75, 76, 77 y s.; HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, 1997, pp. 33 y s.; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 55 y ss.; EL MISMO, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 302. Conviene recordar que tanto SILVA SÁNCHEZ como ROBLES PLANAS en lugar de la denominación “posición de garante”, se refieren a la asunción específica de la función de control de riesgos concretos para bienes determinados (el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos) [SILVA SÁNCHEZ, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, 1999, p. 475], y a la “competencia específica del sujeto en relación con el peligro que los amenaza” [ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 56].

¹² Véanse en este sentido, por ejemplo, GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 468 y ss.; RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, 2013, *passim*.

¹³ Véase GRACIA MARTÍN, Prólogo a la edición española de la obra de SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, pp. 25 y s. ROXIN señala que «la problemática de la identidad en los delitos de omisión impropios representa hoy el capítulo más discutido y oscuro en la dogmática de la Parte General»; véase ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, t. II, 1^a ed., 2003, § 32, nm. 2.

¹⁴ Véase CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, Teoría jurídica del delito/2*, v. III, 1^a ed., 2001, p. 252.

¹⁵ Véase CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, Teoría jurídica del delito/2*, v. III, 1^a ed., 2001, p. 255 nota 19, de manera que «la omisión no supone necesariamente, pero tampoco excluye la pasividad».

¹⁶ Véase CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, Teoría jurídica del delito/2*, v. III, 1^a ed., 2001, p. 255. GRACIA MARTÍN señala que «la tarea de individualización de la acción cuya omisión es susceptible de realizar lo injusto típico ha de confiarla el legislador a la interpretación de la doctrina científica y de la jurisprudencia»; véase GRACIA MARTÍN, «La comisión por omisión en el Derecho penal español», en GIMBERNAT ORDEIG (dir.), *La Comisión por omisión*, 1994, pp. 95 y s.

artículos 195 y 450 del Código penal, que castigan la omisión de socorro de una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave y la omisión de impedir la comisión de determinados delitos. La existencia de estos delitos puros de omisión carecería de justificación si todo el que no evita un resultado pudiendo hacerlo comete un delito de comisión por omisión¹⁷. El valor de la acción que el sujeto podía y debía realizar en ambas modalidades omisivas es diferente, según la concreta capacidad que posea la acción (ordenada) omitida para producir efectos favorables en la situación del bien jurídico¹⁸.

En concreto, en los tipos de comisión por omisión implícita¹⁹ la acción tendente a cumplir con el mandato es, según un sector doctrinal, en líneas generales y prescindiendo aquí de las concreciones que se han realizado, aquella que tenga la capacidad de evitar la producción del resultado lesivo. Por tanto, la acción tendente a cumplir con el mandato es una acción de salvaguardia y de protección. Según este sector doctrinal, la capacidad de evitar el resultado existe cuando tanto el autor como el partícipe ostentan una posición de garantía definida según determinadas fuentes formales, como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia), o según una relación material permanente de un sujeto con un bien jurídico o con campos de peligro en virtud de las funciones que aquel desempeña²⁰. La posición de garante se muestra como un requisito necesario para constituir una responsabilidad en comisión por omisión²¹. Esta misma conclusión es compartida de forma unánime por la jurisprudencia: para responsabilizar a un sujeto por una comisión por omisión se requiere la presencia de la posición de garante en el omitente, que se erige en un elemento fundamental para castigar por una autoría

¹⁷ Véanse CERESO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, Teoría jurídica del delito/2*, v. III, 1^a ed., 2001, p. 262; ROMEO CASABONA, en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, 1993, p. 935; GRACIA MARTÍN, en GIMBERNAT ORDEIG (dir.), *La Comisión por omisión*, 1994, p. 94.

¹⁸ Véanse GRACIA MARTÍN, en GIMBERNAT ORDEIG (dir.), *La Comisión por omisión*, 1994, pp. 93 y ss.; RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, 2013, pp. 53 y ss.

¹⁹ En ocasiones la ley no pena simplemente una omisión, sino que condiciona la punibilidad a que aquélla guarde una determinada relación con un resultado. Nos encontramos aquí ante tipos de omisión y resultado, caracterizados porque el tipo de lo injusto requiere entre sus elementos constitutivos la producción de un determinado resultado que no pertenece a la omisión en la esfera ontológica, pero que es necesario *imputarlo* de algún modo al omitente para estimar realizado mediante una omisión el correspondiente tipo de lo injusto en grado de consumación. Véase por todos GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 419, con referencias bibliográficas. Ahora bien, como han destacado GRACIA MARTÍN —véase GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 419 y ss.— y SILVA SÁNCHEZ —véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, p. 349—, dentro de este grupo de delitos de omisión y resultado hay que distinguir varias clases. En concreto según GRACIA MARTÍN hay que distinguir entre tipos de omisión y resultado sin alternativa de comisión activa como sucede, por ejemplo, con el delito contemplado en el art. 196 del Código penal, y tipos de resultado con alternativa de comisión por acción u omisión, es decir, tipos de comisión por omisión en sentido estricto. En estos tipos de comisión por omisión en sentido estricto a las omisiones (típicas) se les imputa un resultado *porque* la relación entre aquéllas y éste tiene *idéntico fundamento e igual (des)valor* que los que corresponderían a la producción de ese mismo resultado mediante una acción. En los mencionados tipos hay que distinguir entre los delitos de comisión por omisión explícita, caracterizados porque el tipo correspondiente requiere la producción de un resultado mediante una acción y una omisión determinadas, como sucede por ejemplo con los delitos recogidos en los artículos 414 y 415 del Código penal; y los delitos de comisión por omisión implícita en los que la determinación de ésta exige una interpretación del ámbito de lo implícito en la concreta ley penal de la Parte Especial del Código. Véase GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 420, 421, 423, 424 y ss.

²⁰ Véase *supra* nota 9.

²¹ Véase la exposición sobre las características de la posición de garante exigida por la doctrina mayoritaria efectuada por GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 435 y ss.

o por una participación en comisión por omisión, de modo que la responsabilidad por una comisión por omisión gira en torno a la no evitación del delito cometido por un tercero por parte de quien ostenta la aludida posición de garante. Ilustrativas de esta tesis son, por ejemplo, las SsTS n.º. 37/2006, de 25 de enero²²; n.º. 358/2010, de 4 de marzo²³ y n.º. 459/2013, de 28 de mayo.

Ahora bien, un muy cualificado sector doctrinal ha planteado que el contenido de lo injusto específico acotado por el tipo de la Parte Especial del Código penal que se puede cometer por omisión, no gira en torno a la no evitación de la producción de un resultado por parte de quien ostenta una posición de garante²⁴. Vamos a analizar los motivos que se han esgrimido para sostener esta tesis. En primer lugar, se critica que la responsabilidad por omisión encuentre su fundamento en una posición de garante definida y configurada con carácter previo y anterior a la situación concreta en la que surge el concreto deber de actuar²⁵. LUZÓN PEÑA²⁶, GIMBERNAT ORDEIG²⁷, GRACIA MARTÍN²⁸ y LASCURAÍN SÁNCHEZ²⁹ se han expresado en este sentido. GIMBERNAT ORDEIG afirma que «en consecuencia, responde de un delito doloso contra la vida en comisión por omisión la esposa que, ante un foco de peligro preexistente encomendado a su vigilancia –un marido enfermo– le abandona durante seis días, produciéndose la muerte de éste, e igualmente la hija y el yerno que no cuidan, permitiendo que muera, a su, respectivamente, padre y suegro, a quien habían acogido en su casa, y que sufría una parálisis de

²² En esta STS se señala que «la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia)».

²³ En esta STS se indica «que la posición de garante de la recurrente, madre de la hija de apenas un año de edad que es objeto de agresiones por parte del padre, es clara y surge de la institucionalidad de la relación y del art. 154 del Código civil. En los delitos de resultado la equivalencia entre la realización activa y omisiva del tipo es de apreciar cuando el omitente se encuentra en posición de garante y su deber consiste en impedir el resultado. En otros términos 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 desentiende completamente de su protección y deja actuar al agresor, omisión de la actuación debida. Esa omisión es equivalente a la acción en la medida en que el incumplimiento de su deber de actuar en protección de la hija menor, ante la situación de peligro de muerte, supone la realización de tipo del homicidio calificado que se declara probado pues la omisión, repetimos en las circunstancias del hecho, por quien tiene un deber especial de actuar en defensa del bien jurídico en grave peligro, nacido de los deberes legales de asistencia y protección y de la propia naturaleza de la relación entre padres e hijos menores».

²⁴ Véase *supra* nota 8.

²⁵ Como ejemplo de la formulación de deberes de garante configurados con carácter previo y anterior a la situación concreta en la que surge un determinado deber de actuar, véase la exposición de PAWLIK, «"Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils". Bemerkungen zur Lehre von der Garantienpflichten», en Heinrich et al. (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, t. I, 2011, pp. 931 y ss.

²⁶ Véase LUZÓN PEÑA, *Poder Judicial*, (2), 1986, p. 81.

²⁷ Véase en GIMBERNAT ORDEIG, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, 1999, pp. 420 y ss., 431 y ss.

²⁸ Véase GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 436; el mismo: Prólogo a la obra de RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, 2013, pp. 23, 24, 25, 26 y s.

²⁹ Véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, 2002, pp. 53 y ss., 83 y ss., 107 y ss., especialmente p. 108.

la parte derecha del cuerpo y una afasia. Pero la imputación del resultado no se produce como consecuencia de la infracción de un deber extrapenal genérico establecido en los artículos 67 y 68 C.c. que fundamentaría en todo caso –aún ante la presencia de una enfermedad repentina– un delito de comisión por omisión (así la doctrina dominante), sino sobre la base de una *obligación específica de vigilancia*... que no se diferencia en nada de la atención que, por ejemplo, debe prestar un médico al paciente que tiene a su cuidado, dependiendo en todos estos casos la responsabilidad dolosa o culpable por la lesión sobrevenida del mayor o menor riesgo creado con la ausencia de medidas de precaución y de la conciencia que tuviera el omitente del riesgo objetivo realmente existente»³⁰. La existencia de una posición de garante definida según determinadas fuentes formales, como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia), o según una relación material permanente de un sujeto con un bien jurídico o con campos de peligro en virtud de las funciones que aquel desempeña, 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. El hecho de ser padre, cónyuge, hijo, socorrista en una playa, médico, etc., sólo indica una cualidad que concurre en determinadas personas por la que les atribuyen, con carácter general, determinadas obligaciones que deben cumplir en la vida social, de modo que tienen un deber de actuar genérico. La pregunta que se plantea es si la omisión del mencionado deber de actuar genérico fundamenta una comisión por omisión.

La sentencia comentada responde, a mi juicio, correctamente a esta pregunta cuando afirma que a la madre «en cualquier caso no cabe responsabilizarle por la simple condición de madre de la menor en razón de los deberes impuestos por la patria potestad, pues de ser así, como bien apunta el recurrente, su esposo, padre de la menor, hubiera soportado el mismo resultado condenatorio, al ser juzgado en este mismo proceso, con iguales pruebas que la recurrente (su testimonio, declaración del enfermero y dictámenes periciales), cuando resultó absuelto como se comprueba en los folios 209-213 de la presente causa». El motivo por el que a la madre no cabe responsabilizarle por la simple condición de ser madre reside en la falta de conexión entre la mencionada condición que genera un deber genérico de actuar, y las circunstancias específicas en las que puede tener lugar la lesión del bien jurídico por la omisión de un concreto deber de actuar. Este motivo se encuentra reconocido de forma implícita en la STS n.º. 832/2013, de 16 de diciembre de 2013, objeto de este comentario, cuando concluye que «ni siquiera por la vía de la omisión negligente del art. 11 CP, se acreditan hechos susceptibles de generar responsabilidad por la circunstancia de tener asignada la custodia legal por ley, cuando de facto se trasladó transitoria e intermitentemente a la abuela, por razones justificadas de necesidad. Se desconoce a su vez, la distancia a la que se hallaba la acusada de su hija y los posibles contactos con la misma y su frecuencia». Por otra parte, es evidente que la simple condición de “ser los progenitores de la niña menor de edad” no puede ser la fuente de la que emane una responsabilidad penal, porque tendría que haberse responsabilizado igualmente al padre y a la madre por la mutilación genital de la hija menor de edad y no ha sido así. Además, a ello hay que añadir que una posición de garante definida por el deber de evitar el resultado que tiene su origen en la ley – como sucede, por ejemplo, con los padres respecto de sus hijos menores –, o en el contrato – como sucede, por ejemplo, con el socorrista respecto de los bañistas de la piscina –, resulta sumamente formal,

³⁰ Véase GIMBERNAT ORDEIG, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, 1999, p. 436. *Cursiva añadida.*

puesto que hace referencia únicamente a la mera titularidad de la posición jurídica del sujeto en virtud de la cual interviene en la sociedad, como se puede apreciar, por ejemplo, en el supuesto de los padres respecto de las funciones de cuidado y capacitación que ostentan sobre sus hijos; o en el supuesto de la contratación de un salvavidas en una piscina respecto de las funciones de vigilancia sobre los bañistas y de intervención si se produce una situación de peligro sobre aquellos.

¿Supone, entonces, la STS n.º. 832/2013, de 16 de diciembre de 2013, que ahora comentamos, un cambio en la doctrina jurisprudencial hasta ahora unánime, que exigía una posición de garante para castigar por comisión por omisión, ya sea a título de autor como a título de partícipe? Desde mi punto de vista, sería muy precipitado responder afirmativamente a esta pregunta, si bien es cierto que en esta sentencia se pone de manifiesto la necesidad de establecer una determinada conexión para poder atribuir una responsabilidad penal entre: a) las circunstancias específicas en las que puede tener lugar la lesión del bien jurídico por la omisión de un concreto deber de actuar, y b) la condición formal que ostenta el omitente – por ejemplo, ser un progenitor – y que genera un deber genérico de actuar. Sin embargo, esta conexión se debe examinar con independencia de la titularidad formal de deberes y obligaciones de cada persona que genera unos deberes genéricos de actuar, puesto que su infracción no nos proporciona un criterio convincente para poder atribuir una responsabilidad penal. Por el contrario, más bien es imprescindible centrarse en las características de la omisión misma que permitan verificar que en una determinada omisión concurre el mismo e idéntico contenido de injusto específico acotado por el tipo que en la acción correspondiente³¹, por lo que hay que determinar cuál es la concreta acción debida y no realizada cuya omisión puede fundamentar un contenido de injusto idéntico al de la acción positiva³².

Respecto del actuar precedente peligroso (injerencia) como fuente de la posición de garante resulta asimismo muy discutible su admisión y relevancia, pues dicho actuar precedente sólo podrá fundamentar una posición de garante genérica capaz de dar lugar a una omisión pura de garante³³. Por otra parte, si atendemos a lo dispuesto en el artículo 195.3 del Código penal, el que ha causado fortuitamente o por imprudencia un accidente, es decir, la situación de peligro y no presta luego socorro a la víctima, no puede ser condenado por un delito de homicidio o lesiones por omisión en grado de tentativa – si la víctima no muere – o en grado de consumación – si la víctima muere –, sino por la mencionada omisión del deber de socorro agravada³⁴. Si la

³¹ Respecto de la autoría en comisión por omisión, véanse por todos, GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 426; EL MISMO, en GIMBERNAT ORDEIG (dir.), *La Comisión por omisión*, 1994, pp. 73 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Zur Dreiteiligung der Unterlassungsdelikte», *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, p. 641; GIMBERNAT ORDEIG, «Das unechte Unterlassungsdelikt», *ZStW*, (111), 1999, pp. 307 y ss., 315; LUZÓN PEÑA, *Poder Judicial*, (2), 1986, p. 80. En relación con las conductas de participación omisiva en un delito de acción doloso, véase, RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, 2013, pp. 93 y ss.

³² Véase GRACIA MARTÍN, «Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (y II)», *Actualidad Penal*, (18), 1994, p. 362.

³³ Véanse GRACIA MARTÍN, en GIMBERNAT ORDEIG (dir.), *La Comisión por omisión*, 1994, p. 93 y SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, (38), 1989, p. 574.

³⁴ Véase GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 478 con referencias bibliográficas de autores que han expuesto esta misma crítica a la injerencia como fuente de

calificación de esta omisión, según el legislador, es una omisión agravada del deber de socorro, todas aquellas que tengan otro origen y que creen una situación de peligro análoga a la del accidente deben ser calificadas como omisiones puras del deber de socorro. En conclusión, la posición de garante definida con arreglo a las tres fuentes formales indicadas, como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia) resulta insuficiente para fundamentar una responsabilidad penal en comisión por omisión³⁵, porque no responde a la cuestión de la determinación del concreto sujeto obligado a producir efectos favorables en la situación de un determinado bien jurídico.

No obstante, el vínculo entre el sujeto y la lesión del bien jurídico protegido en la comisión por omisión se define también por la existencia de una relación material permanente de un sujeto con un bien jurídico o con campos de peligro en virtud de las funciones que aquel desempeña. Un importante sector doctrinal ha distinguido entre autoría y participación en la comisión por omisión haciendo depender la imputación como autor o partícipe de la cualidad y del contenido material de la posición de garante, de modo que si ésta es de protección el omitente será autor y quien ostenta una posición de garante de control será cooperador³⁶. Otro cualificado sector doctrinal ha definido la posición de garante desde un punto de vista material señalando la vinculación de los criterios axiológicos de la equivalencia con “las valoraciones previas jurídico-penales”³⁷. Las razones para rechazar esta configuración de la posición de garante son dos. Por un lado, aunque las obligaciones de asegurar, de proteger y/o de controlar determinados campos de peligro respecto de determinados bienes jurídicos, tienen un contenido material alejado de la simple titularidad de la posición jurídica que un sujeto pueda ostentar y en virtud de la cual participa en la vida social, su existencia se muestra insuficiente porque tales obligaciones de protección o de control *preceden* a las conductas concretas que un sujeto vaya realizando *después* de adquirirlas en el ejercicio de las funciones que le correspondan a un sujeto en un determinado ámbito social o institucional. Su establecimiento, por tanto, tampoco responde a la cuestión de la determinación del concreto sujeto obligado a producir efectos favorables en la situación de un determinado bien jurídico. Por otro lado, el criterio utilizado tanto por un sector doctrinal como

la posición de garante en la comisión por omisión. Con carácter general, véanse las convincentes críticas contra la injerencia como fuente de la posición de garante efectuadas por SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*, 2009, pp. 329 y ss.

Sin embargo, HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, 1997, pp. 44, 45 y 46, considera que la expresa referencia, en el artículo 195.3 del Código penal de 1995, al actuar precedente imprudente no supone ningún obstáculo para que éste pueda dar lugar, en su caso, a una responsabilidad a título del correspondiente delito doloso de resultado en comisión por omisión.

³⁵ ROMEO CASABONA también resaltó la insuficiencia que resultaba de la fundamentación de la posición de garante en las teorías formales y en las materiales. Véase ROMEO CASABONA, en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, 1993, p. 930.

³⁶ Véanse, aunque con diverso enfoque según si surge una obligación de evitar el resultado a través de la omisión o si la misma no es tenida en cuenta para responsabilizar por la aludida omisión, HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme: eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, 1977, pp. 82 y ss.; HEINE, «vor § 25», *Strafgesetzbuch Kommentar, Schönke/Schröder*, 28^a ed., 2010, nm. 103 y ss.; SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*, 2009, pp. 327 y ss.; FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, pp. 374 y ss.; GEILEN, «Suizid und Mitverantwortung», *JZ*, 1974, p. 153; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 63 y ss. y 77 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, «La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad», en CEREZO MIR (ed.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López*, 1999, pp. 463 y s.

³⁷ Véanse, FREUND, *Erfolgdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, 1992, pp. 25 y ss.; BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, 2005, pp. 221 y ss.

también por nuestro Tribunal Supremo para distinguir entre autoría y cooperación por omisión, según si el garante tiene una función de protección de un bien jurídico o una función de control del peligro procedente de un tercero respecto de dicho bien jurídico, respectivamente, tampoco parece ser el adecuado puesto que la función de control del peligro sobre un bien jurídico contiene implícitamente una función de protección, de manera que no es posible distinguir claramente entre ambas funciones³⁸.

Por último, destacamos un argumento legal expuesto convincentemente por GRACIA MARTÍN sobre la irrelevancia de la posición de garante para atribuir una responsabilidad en la comisión omisión. Afirma este autor que si «el tipo de la Parte Especial en que debe subsumirse la constelación de la comisión por omisión no exige la posición de garante del autor para la comisión activa, de aquí tiene que resultar que dicha posición, a mi juicio, tampoco deberá tener ninguna relevancia para la comisión por omisión, pues ello haría al tipo de ésta uno sustancialmente distinto al de la comisión activa, y por esto, uno que ya no debería poder ser subsumido en el mismo tipo legal. Acción y omisión tienen que mostrarse como dos formas de conducta idénticas, esto es, a disposición del autor como alternativas intercambiables y fungibles para la realización del tipo, y es evidente que el mero hecho de tener una posición de garante en modo alguno pone a disposición del autor la omisión como modo elegible de comisión del hecho punible»³⁹.

En suma, 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, por las razones indicadas. Estas posiciones de garante que muestran una «caótica maraña de construcciones del delito impropio de omisión»⁴⁰, no explican ni fundamentan cuándo surge el concreto deber de actuar para producir efectos favorables en la situación de un determinado bien jurídico. Este concreto deber de actuar debe surgir en función de unas determinadas circunstancias en las que el sujeto se encuentra. En definitiva la pregunta que se plantea es la siguiente: ¿quiénes están obligados, *en concreto*, a realizar una determinada acción (ordenada) para producir efectos favorables en la situación del bien jurídico protegido por el respectivo tipo penal?

³⁸ Véanse JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, p. 799 [*Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1995, p. 969]; ROXIN, *Strafrecht, AT*, t. II, 1ª ed., § 31, nm. 160; MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung. Zur abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, 2009, p. 179; HOFFMANN-HOLLAND, «Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff», *ZStW*, (118), 2006, p. 628; HAAS, «Die Beteiligung durch Unterlassen», *ZIS*, (5), 2011, p. 395; PAWLIK, «El funcionario policial como garante de impedir delitos», *InDret Penal*, (1), 2008, pp. 5 y ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «La responsabilidad penal de los miembros de las fuerzas policiales por no impedir delitos», *RDPCr*, (2), 2009, p. 133.

³⁹ Véase GRACIA MARTÍN, Prólogo a la obra de RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, 2013, p. 24.

⁴⁰ Véase GRACIA MARTÍN, Prólogo a la edición española de la obra de SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, pp. 25 y s.

5. La necesidad de apreciar un dominio o un poder de disposición sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en el omitente para concluir la identidad entre la omisión y la correspondiente acción desde el punto de vista del tipo de lo injusto. Su aplicación al supuesto de hecho enjuiciado por el TS

Para responder a la pregunta planteada es preciso remitirse a ARMIN KAUFMANN que explicó el doble sentido del concepto de deber desarrollando la posición de BINDING. A juicio de ARMIN KAUFMANN, por un lado, deber significa “tener que”, es decir y por ejemplo, “se tienen que” pagar impuestos o “se tienen que” evitar lesiones para la vida. Para este sentido del deber, «el hombre aparece aquí no como sujeto que actúa, sino como miembro de la relación de distribución de bienes»⁴¹. Por otro lado, el segundo sentido del deber se caracteriza porque es un deber concreto que obliga a un sujeto determinado personalmente⁴². A continuación trataremos de precisar quiénes están obligados, *en concreto*, a producir efectos favorables en la situación de un determinado bien jurídico.

Para GRACIA MARTÍN, existen un conjunto de actividades sociales encaminadas a la satisfacción de las necesidades del individuo y de la comunidad social. Para ello se institucionaliza el ejercicio de determinadas funciones sociales cuyo fin es impulsar y crear las condiciones de satisfacción de las pretensiones del individuo y de la comunidad, o expresado con otras palabras, su fin es el establecimiento de relaciones positivas de edificación de un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico. Sobre la creación de estas situaciones jurídicamente deseadas se vierten juicios de valor que tienen que ser realizados: así “tienen que” ser prestados alimentos para que se vean salvaguardadas la salud y la vida o “tienen que” pagarse impuestos. Por la naturaleza de las distintas funciones de impulso y creación de estas condiciones de satisfacción de pretensiones y necesidades, se encomiendan a determinados círculos de sujetos: jueces, funcionarios públicos, padres...⁴³. Estos sujetos, con base en las competencias asumidas para el ejercicio de tales funciones, ostentan una determinada posición que describe la situación concreta en que se encuentra un sujeto en una relación característica con determinadas personas y objetos. Esta característica es *personal* (y no la poseen todos) aunque *objetiva*, porque mediante ella se identifica el *status* formal de que están investidos los sujetos que están en unas relaciones y vínculos determinados con otros sujetos y con objetos de su entorno⁴⁴. Pero en cualquier caso, esta característica personal y objetiva *precede* a las conductas concretas que un sujeto vaya realizando *después* de adquirirla en el ejercicio de las funciones que le correspondan a un sujeto en un determinado ámbito social o institucional⁴⁵. En efecto, estas posiciones meramente formales, como ha resaltado entre nosotros GRACIA MARTÍN, en que se encuentra un sujeto respecto a otro o a ciertos objetos, delimitan únicamente el ámbito social en que ciertas clases de

⁴¹ Véase ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindinds Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, p. 127. Fundamental al respecto GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, 1985, p. 410.

⁴² Véase ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindinds Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, p. 128 y 129. Fundamental al respecto GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, v. I, 1986, p. 411.

⁴³ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, v. I, 1986, pp. 411 y 412.

⁴⁴ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, v. I, 1986, pp. 195 y ss.; 233, 365 y ss.; EL MISMO, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 475.

⁴⁵ Véase GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 476.

sujetos llevan a cabo funciones específicas, pero no hacen referencia a lo que hacen u omiten en cada situación concreta tales sujetos especiales cuando ejercen las funciones y competencias que les atribuye su *status*. La práctica regular de las mencionadas funciones específicas se actualizará y concretará mediante el ejercicio de una pluralidad de conductas muy distintas y variadas que únicamente dentro del *status* correspondiente adquieren un determinado sentido social específicamente relevante⁴⁶. Los deberes que se encuentran detrás de un *status* determinado son desde luego independientes de la multitud de concretas conductas que puedan realizar en cada situación los sujetos. Es el propio individuo quien, con su comportamiento concreto, *asume* la protección de o garantiza determinados bienes como ha indicado ROBLES PLANAS⁴⁷. El hecho de que una persona se encuentre unida con un determinado bien jurídico de forma positiva (para su fomento) o se encuentre vinculado, en cambio, de manera simplemente negativa (sólo como persona), no es suficiente para responder a la pregunta de ¿quiénes están obligados a realizar el correspondiente comportamiento de producción de una situación jurídicamente deseada?

La respuesta de GRACIA MARTÍN apoyada en el discurso de ARMIN KAUFMANN me parece la correcta: el que tenga el dominio del ámbito social en el que ha de ser producida tal situación o evitada la no deseada, que es lo mismo que decir, realizando una abstracción, el que tenga el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico⁴⁸. También SCHÜNEMANN ha señalado esta vía para fundamentar la autoría en diversos delitos –delitos especiales y delitos de comisión por omisión– basada en un dominio sobre el fundamento del resultado, consistiendo el fundamento del resultado en tales delitos en una fuente de peligro dominada por el autor, o bien en la situación de desamparo del bien jurídico dominada por el autor⁴⁹. El deber “personalísimo” de acción penal surge porque unos determinados sujetos tienen un *dominio*, un *poder de disposición* sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y como han accedido de tal forma al bien jurídico, quedan obligados por la norma a actuar de una determinada manera o a abstenerse de actuar⁵⁰.

⁴⁶ Véase GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 475.

⁴⁷ Véase ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 229 quien se cuestiona, «¿cómo se determina el que una persona se halle vinculada a un bien de forma positiva o negativa? A mi modo de ver, no se puede resolver esta cuestión de un plumazo, afirmando que existen (sin más) instituciones sociales que determinan la vinculación positiva. Este planteamiento deja en manos de "la sociedad" (¿?) la decisión sobre cómo se vincula una persona a un bien. Tengo serias dudas acerca de si ello es así. Más bien, me parece que la vinculación con los bienes jurídicos debe partir del propio individuo. La dogmática penal ha desarrollado un impresionante aparato teórico basado en la idea de asunción para derivar deberes positivos sin tener que renunciar al pensamiento individual. Es el propio individuo quien, con su actuar, *asume* la protección de o garantiza determinados bienes. Creo que este planteamiento es mucho más *garantista de la libertad individual* y mucho más *preciso* que el recurso a las instituciones positivas».

⁴⁸ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, v. I, 1986, pp. 411 y ss.

⁴⁹ Véase SCHÜNEMANN «Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Welzel en la dogmática penal de principios del siglo XXI. Del descubrimiento de Welzel del dominio social del hecho al desarrollo del “dominio sobre el fundamento del resultado” como principio general de la autoría. A su vez, un análisis de la teoría de las estructuras lógico-objetivas y de la relación entre ontologismo y normativismo», en HIRSCH/CEREZO et al. (eds.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, 2005, pp. 264, 265, 266, 267, 268 y s.; EL MISMO, «El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro», *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 994; EL MISMO, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*, 2009, pp. 259 y ss., en especial pp. 282, 283 y s.

⁵⁰ Sobre la concreción del deber personalísimo de acción en las normas generales y especiales, véase ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindinds Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, pp.

Si trasladamos estos argumentos al ámbito de la comisión por omisión es necesario establecer el momento en el que surge un deber “personalísimo” de actuar de una determinada manera, de modo que si se omite dicho deber concurre el mismo e idéntico contenido de injusto específico acotado por el tipo que en la acción equivalente⁵¹. Sólo cuando se determine dicha identidad se podrá imputar una responsabilidad penal en un delito de resultado en comisión por omisión⁵². Para afirmar la identidad entre una omisión y la correspondiente acción desde el punto de vista de un tipo delictivo no es adecuado partir de la posición de garante definida según determinadas fuentes formales, como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia), o según una relación material permanente de un sujeto con un bien jurídico o con campos de peligro en virtud de las funciones que aquel desempeña⁵³, porque estos instrumentos no nos proporcionan información sobre el momento en el que surge un deber “personalísimo” y concreto de actuar de una determinada manera. LUZÓN PEÑA indica con todo acierto que «cuando la conducta consiste en no intervenir, no actuar frente a un peligro *ya* existente de *origen diverso* a la propia omisión (procedente de causas naturales, de actuaciones de terceros o incluso de una actuación no dolosa del propio sujeto) y cronológicamente *anterior* a la misma, dejando que el peligro siga su curso y desemboque en una lesión del bien jurídico, esa omisión no equivale ni puede equivaler sin más a producir la lesión – creando el peligro – por el simple hecho de que el sujeto tenga un específico deber de garantía (de evitar el resultado) respecto del bien jurídico; por mucho que lo tenga, su omisión no ha producido lesión – que tiene otro origen – y, por tanto, no se puede decir que ha matado, lesionado o dañado, es decir, que la conducta no es directamente subsumible en el tipo y por ello no es comisión por omisión del delito correspondiente»⁵⁴.

Como ha destacado GRACIA MARTÍN, para que un hecho sea constitutivo de una comisión por omisión típica, subsumible directamente en el tipo –por tanto como autor–, es preciso que concurren dos elementos. En primer lugar, el fundamento de la punibilidad por omisión debe ser –lo mismo que respecto de la acción– la “producción del resultado”. El autor por omisión responde por la *producción* del resultado, no por su *no evitación*⁵⁵, pues éste es un hecho que en cualquier caso no puede subsumirse en el tipo porque tiene un contenido de lo injusto específico distinto al de las acciones de los tipos de la Parte Especial mediante las que se *produce* el resultado, y, por consiguiente, distinto al de las omisiones a las que también ha de poder imputar

138 y ss., 141 y ss. Véase también sobre el deber de actuar del sujeto cualificado formalmente por el elemento de la autoría de dominio social GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, v. I, 1986, pp. 408 y ss.

⁵¹ Véanse por todos GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 426; EL MISMO, «La comisión por omisión en el Derecho penal español», pp. 73 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *FS-Roxin*, 2001, p. 641; GIMBERNAT ORDEIG, *ZStW*, (111), 1999, pp. 307 y ss., 315; LUZÓN PEÑA, *Poder Judicial*, (2), 1986, p. 80.

⁵² Véase en este sentido, por ejemplo, GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 468 y ss.

⁵³ Véanse DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Poder Judicial*, (24), 1991, p. 209; LUZÓN PEÑA, *Poder Judicial*, (2), 1986, pp. 79 y ss.; GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 435 y ss., 441 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, 1999, pp. 413 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, 1999, pp. 470 y ss.; TRAPERO BARREALES, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 2003, pp. 465 y ss.; RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, 2005, pp. 190 y ss.; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2008, p. 56.

⁵⁴ Véase LUZÓN PEÑA, *Poder Judicial*, (2), 1986, p. 81. Cursivas en el original.

⁵⁵ Véase un ejemplo de la doctrina que configura el supuesto de hecho de la comisión por omisión de esta forma en CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, Teoría jurídica del delito/2*, v. III, 1^a ed., 2001, p. 232, con referencias bibliográficas.

la *producción* del resultado⁵⁶. De forma similar SILVA SÁNCHEZ ha manifestado que la esencia de la comisión por omisión tampoco es la no evitación del resultado del tipo de la Parte Especial. Cuando el artículo 11 del Código penal exige para castigar la comisión por omisión que la no evitación del resultado, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, «según el sentido del texto de la Ley, a su causación», a juicio de SILVA SÁNCHEZ, se desfigura la circunstancia evidente de que el *sentido del texto de la ley* no se agota nunca, en los delitos comisivos, en la causación: la realización típica (sentido del texto de la ley) requiere la concurrencia de los presupuestos de la imputación objetiva y, de modo adicional, los específicos de la autoría o de la participación. Y es con la realización típica activa a título de autor o a título de partícipe con la que habrá que establecer la equivalencia del hecho que calificaremos de comisión por omisión (autoría, o bien cooperación necesaria por omisión).

En segundo lugar, el criterio decisivo de identidad entre la omisión y la correspondiente acción desde el punto de vista del tipo de lo injusto, es el de la relación de dominio social entendido como el conjunto de condiciones acotadas por dicho tipo de lo injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos y que son determinantes de la posibilidad de actualización del dominio finalista del hecho típico⁵⁷. En consecuencia, este juicio de identidad entre la acción y la correspondiente omisión que sólo puede establecerse en la esfera normativa de la tipicidad⁵⁸, necesita encontrar una estructura lógico-objetiva de la cual se deduce: el dominio finalista del hecho. La relación de dominio social presupone que el bien jurídico está ya involucrado en el ejercicio de una determinada función social o institucional que desempeña el autor, que tanto la situación como el conjunto de factores causales favorables a la producción de la lesión del bien jurídico están ya previamente dados y a disposición del autor antes de que éste se decida por la lesión del bien jurídico. Pero para que el sujeto pueda tomar una decisión sobre la lesión típica del bien jurídico, será imprescindible que realice un acto personal de asunción del dominio sobre esa situación organizada en dirección a la lesión del bien jurídico⁵⁹. Es decir, es imprescindible que el omitente sea un sujeto 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 que

⁵⁶ Véase GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 452, nota 177.

⁵⁷ Véase GRACIA MARTÍN, en GIMBERNAT ORDEIG (dir.), *La Comisión por omisión*, 1994, pp. 83 y ss.; EL MISMO, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 411 y ss.; EL MISMO, *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales, vida humana independiente y libertad*, 1993, *passim*; EL MISMO, *Actualidad Penal*, (18), 1994, pp. 360 y ss.

⁵⁸ Exigen también una equivalencia exacta o una identidad estructural y material entre la omisión y la acción LUZÓN PEÑA, *Poder Judicial*, (2), 1986, p. 80; SILVA SÁNCHEZ, *FS-Roxin*, 2001, p. 641; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Poder Judicial*, (24), 1991, p. 209, habla indistintamente de equivalencia o identidad. RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, 2005, p. 108 y pp. 113 y ss., requiere una auténtica igualdad en el plano estructural y normativo. MORALES PRATS, «Art. 11 CP», en QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), *Comentarios al Código penal, Parte General, (Artículos 1 a 233)*, t. I, 6ª ed., 2011, p. 127 exige una equivalencia “jurídica”. HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995, 1997*, p. 47 se refiere al artículo 11 del Código penal de 1995 como una cláusula general de “transformación” o de equivalencia punitiva del delito de comisión por omisión al correspondiente delito comisivo. SCHÜNEMANN, «El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión», en GARCÍA VALDÉS et al. (eds.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, pp. 1620 y 1621, sin embargo, se refiere a la equiparabilidad – no identidad – de la omisión con un hacer activo bajo el aspecto decisivo del dominio del hecho. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 56 alude a una equivalencia en el plano normativo entre la omisión y la correspondiente acción

⁵⁹ Véase GRACIA MARTÍN, en GIMBERNAT ORDEIG (dir.), *La Comisión por omisión*, 1994, pp. 85 y s.

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. En tales supuestos podremos subsumir la omisión directamente en el tipo correspondiente de la Parte Especial del Código penal –por tanto como autor–⁶⁰. A este acto personal de asunción voluntaria y libre del dominio sobre la incorporación del proceso causal que se desarrolla en dirección a la producción del resultado lo denomina GRACIA MARTÍN, la posición de garante específica⁶¹ o posición de comisión por omisión⁶² y el dominio finalista del hecho desempeña un papel esencial en la misma. A mi juicio es preferible esta última denominación –posición de comisión por omisión– para no confundir el fundamento de la misma con otros fundamentos que se encuentran detrás de la clásica terminología “posición de garante”. También SCHÜNEMANN considera que el principio de equivalencia del “dominio sobre el fundamento del resultado” (“Herrschaft über den Grund des Erfolges”), desarrollado en su monografía “*Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*” en 1971⁶³, se asienta sobre la idea de que la punibilidad de la omisión sobre la base del supuesto de hecho típico de comisión sólo puede ser justa, si la posición del autor por omisión en relación con el suceso que lesiona un bien jurídico es comparable en sus aspectos determinantes de la imputación del resultado con aquellos que debe poseer el autor por comisión. A juicio de SCHÜNEMANN, dado que el autor por comisión domina el suceso lesivo por medio de sus actividades corporales y, por lo tanto, a través del dominio sobre su cuerpo, una omisión equivalente a la comisión presupone un control actual sobre el suceso equiparable en intensidad a ese control⁶⁴.

La definición de quién es autor en los delitos de comisión por omisión se realiza materialmente como se ha expuesto, pero se puede comprobar que sus características no tienen nada que ver con la definición de quién es autor en los delitos aludidos para la doctrina mayoritaria a través de la posición de garante⁶⁵, configurada según determinadas fuentes formales, como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia), o según una relación material permanente de un sujeto con un bien jurídico o con campos de peligro en virtud de las funciones que aquel desempeñe. Con las concepciones de GRACIA MARTÍN y SCHÜNEMANN no se designan únicamente determinadas relaciones de dominio⁶⁶, sino que se ofrece el fundamento en virtud del cual alguien queda obligado y sujeto a responsabilidad penal si no actúa en una determinada situación: el deber “personalísimo” de acción penal surge porque unos determinados sujetos

⁶⁰ Véase GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 411 y s.; EL MISMO, Prólogo a la obra de RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, 2013, pp. 24, 25, 26 y s.

⁶¹ Véase GRACIA MARTÍN, en GIMBERNAT ORDEIG (dir.), *La Comisión por omisión*, 1994, pp. 83 y ss.; EL MISMO, «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», pp. 411 y ss.

⁶² Véase GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 479, n. 264.

⁶³ Esta importante obra se ha traducido al castellano por CUELLO CONTRERAS Y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO; véase SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*, Traducción de la edición alemana (Gotinga, 1971) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2009.

⁶⁴ Véase SCHÜNEMANN, «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania», *Revista del Poder Judicial*, (51), 1998, p. 218.

⁶⁵ Véase GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 479, n. 264.

⁶⁶ Véase este reproche efectuado por HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, 1972, pp. 193 y ss. y LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, 2002, p. 39.

tienen un *dominio*, un *poder de disposición* sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y como han accedido de tal forma al bien jurídico, quedan obligados por la norma a actuar de una determinada manera o a abstenerse de actuar.

De este planteamiento también se derivan las siguientes consecuencias:

1) Los delitos de comisión por omisión no son delitos especiales, es decir, que estos delitos no se caracterizan porque la omisión típica sólo puede ser realizada por aquella persona que reúne ciertas cualidades, condiciones o relaciones que precisan más al sujeto de la norma, al autor del acto normado. Por el contrario, lo decisivo es definir la constitución de una situación, la situación de "posición de comisión por omisión", en la cual quien se encuentra en ella puede cometer el delito por omisión. La "posición de comisión por omisión" configurada por GRACIA MARTÍN es la posición que permite luego actualizar el dominio del hecho concretamente, 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 resultado⁶⁷. A esta conclusión –que los delitos de comisión por omisión no son delitos especiales– ya había llegado también SÁNCHEZ-VERA desde un enfoque distinto cuando manifestó que «resulta igualmente infundado calificar de delitos especiales a los delitos de comisión por omisión, ya que, en contra de lo que a veces se argumenta, pueden ser cometidos por cualquiera; puesto que todos pueden organizar con entera libertad –salvo niños, enfermos mentales– mientras no lesionen esferas jurídicas ajenas, todos pueden entonces también ser en principio sujetos del delito»⁶⁸.

2) No se puede considerar idéntica de cara a deducir una determinada responsabilidad, la situación del omitente que se encuentra ante un curso causal natural que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, a la del omitente que se encuentra ante un curso causal lesivo dominado por un autor principal que comete una acción dolosa⁶⁹. En el primer supuesto el omitente que se encuentra ante un curso causal natural que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, 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 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, será autor de un

⁶⁷ Véase GRACIA MARTÍN, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 411 y 412.

⁶⁸ Véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», *ADPCP*, 1995, p. 211. Naturalmente no se refiere SÁNCHEZ-VERA a los delitos de comisión por omisión en virtud de una institución positiva que sí considera que son delitos especiales; véase, EL MISMO, *ob. Cit.*, p. 211, nota 68. Con posterioridad a este trabajo, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 49-61, 67, 108 y 111, se cuestiona si la comisión por omisión es un delito de infracción de deber, y concluye tras un análisis casuístico y centrándose en ciertas fricciones desde un punto de vista intrasistemático de las tesis de ROXIN, que no todos los delitos de omisión deben ser clasificados como delitos de infracción de deber, sino sólo aquellos en los que el sujeto activo ostenta una posición de garante en virtud de una institución positiva.

⁶⁹ Consideran, sin embargo, que la responsabilidad jurídico penal que fundamenta una posición de garante en ambas situaciones es idéntica puesto que el omitente responde como autor: ROXIN, *Täterschaft un Tatherrschaft*, 8^a ed., 2006, p. 497; SERING, *Beihilfe durch Unterlassen*, 2000, p. 36.

delito en comisión por omisión⁷⁰. Si, por el contrario, en esa misma situación el omitente no ostenta el dominio social típico y, por tanto, no asume una posición de comisión por omisión realizará una omisión pura (omisión del deber de socorro o, en su caso, omisión del deber de impedir determinados delitos). El caso enjuiciado por la STS n.º. 832/2013, de 16 de diciembre, no presenta ninguna de las características expuestas, porque la mutilación genital de la menor de edad no ha tenido su origen en un curso causal natural que lesiona o pone en peligro un bien jurídico.

Ahora bien, en el segundo supuesto, es decir, el del omitente que se encuentra ante un curso causal lesivo dominado por un autor principal que comete una acción dolosa, aquél nunca puede ser autor de una comisión por omisión porque el dominio del hecho lo ostenta un autor principal que actúa dolosamente. En estas situaciones, el omitente únicamente puede ser partícipe —cómplice o cooperador necesario— por omisión, tal y como concluyó convincentemente GALLAS⁷¹. No puedo compartir la conclusión expuesta por autores como, por ejemplo, ROBLES PLANAS, para quien a la hora de configurar la propia conducta nadie debe tener en cuenta el hecho de que un tercero esté decidido a cometer un delito⁷². La circunstancia indicada, es decir, que un tercero está decidido a cometer un delito y en el que se inserta en su realización una

⁷⁰ Véase la tesis expuesta por GALLAS, «Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung», *JZ*, 1960, p. 688, en relación con la valoración del garante que omite una intervención para salvar la vida del suicida, en un momento en el que el suceso que conduce a su muerte ya no es dominado por él. A juicio de GALLAS, el garante responderá de un homicidio por omisión del mismo modo que si se encontrara a una víctima de un intento de homicidio, gravemente herida y abandonada por el autor del hecho, sin evitar su muerte cuando ello fuera posible. En ambos casos ya no se aprecia el dominio del hecho que ostenta una persona que actúa sino sólo sus efectos, y el garante que omite debe ser castigado por un delito de homicidio por omisión porque «la responsabilidad por el destino posterior de la víctima se encuentra en sus manos».

⁷¹ Véase la argumentación expuesta por GALLAS, *JZ*, 1960, p. 687: «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». Véanse asimismo RANFT, «Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung. Ein Beitrag Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme», *ZStW*, (94), 1982, pp. 829 y ss., si bien es cierto que no alude, expresamente, al dominio del hecho pero su presupuesto se aprecia con claridad cuando afirma que «el dolo del autor, en los delitos dolosos, pertenece a los elementos del delito que constituyen lo injusto. El dolo del autor concede al hecho concretamente realizado una configuración y una dirección» [ob. cit., p. 831]; EL MISMO, «Das garantiepflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung», *ZStW*, (97), 1985, pp. 283 y ss.; HOFFMANN-HOLLAND, «Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff», *ZStW*, (118), 2006, pp. 630, 633 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., 2002, p. 749; GRACIA MARTÍN, Prólogo a la obra de RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, 2013, p. 28.

⁷² Véase ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 62; EL MISMO, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret Penal*, (2), 2012, p. 10. ROBLES PLANAS indica que «en tanto en cuanto pueda afirmarse la posición de garante de un funcionario público, cuya omisión sea desaprobada típicamente de forma equivalente a la acción, ésta podrá constituir autoría si lo cometido por el que actúa es lo específico del deber sumido por el omitente, esto es, lo que lo caracterizaba completamente. Ejemplo, el policía dolosamente omite asegurar al detenido que abiertamente va a matar a su mujer y por eso estaba detenido». Véase ROBLES PLANAS, *InDret Penal*, (2), 2012, pp. 19 y 20. Desde mi punto de vista, en este supuesto el omitente no puede ser autor de un homicidio porque ostenta un deber consustancial a su desempeño policial que infringe cuando dolosamente omite asegurar al detenido, que escapa y mata a su mujer. En un caso como el expuesto existe un autor principal doloso que domina el hecho constitutivo de un homicidio; y al policía que omite asegurar al detenido se le debe castigar por una participación omisiva en un homicidio, puesto que concurren los requisitos que deben exigirse para castigar tal comportamiento y que he expuesto en mi trabajo, RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, 2013, pp. 124 y ss., en concurso ideal con el delito tipificado en el artículo 410.1 del Código penal.

conducta omisiva, es decisiva para tratar la responsabilidad del omitente porque pone de manifiesto un elemento estructural relevante para la valoración, es decir, el dominio del hecho que lo ostenta quien actúa y por ello es autor. En consecuencia, el omitente únicamente puede ser partícipe —cómplice o cooperador necesario— por omisión. En relación con el caso enjuiciado por el TS en la sentencia que comentamos, si se hubiera acreditado que fue un tercero quien realizó la mutilación genital sobre la víctima menor de edad, por un lado, se podría afirmar que la madre no ostenta una posición en comisión por omisión por dicha mutilación genital, porque como se ha indicado el dominio del hecho lo ostenta un autor principal que actúa dolosamente. Por otro lado, ¿podría ser Celestina, la madre de la víctima de la mutilación genital, una partícipe omisiva en el delito doloso cometido por un tercero subsumible en el artículo 149.2 del Código penal? La respuesta tiene que ser también negativa, en mi opinión, porque no concurren los requisitos necesarios para atribuirle responsabilidad penal como cooperadora por omisión en un delito doloso dominado por un tercero. Ello es así porque 1) no se ha acreditado que Celestina conozca, por una parte, la situación típica, es decir, que mediante su omisión se va a facilitar la realización del hecho principal por parte del autor doloso; y 2), por otra parte, tampoco se ha acreditado que Celestina hubiera conocido el modo de no contribuir, no favorecer, no asegurar o no fortalecer el hecho principal. 3) Además, en el dolo del partícipe omisivo es necesario también exigir un acuerdo de voluntades entre un autor doloso que domina el hecho principal y el partícipe omitente, y en la sentencia comentada no se ha demostrado que pueda existir dicho acuerdo de voluntades entre el tercero y Celestina. Este acuerdo de voluntades se pone de relieve cuando el partícipe asume de un modo totalmente *voluntario y libre* un compromiso efectivo de poner en práctica su capacidad específica de contribución, favorecimiento, aseguramiento o fortalecimiento en un hecho ajeno dominado por un autor⁷³. Por último, 4) tampoco se ha acreditado la mayor cercanía de la omitente respecto del inicio de la ejecución del hecho principal dominado por un autor⁷⁴.

6. Bibliografía

BACIGALUPO (2005), *Delitos impropios de omisión*, Dykinson, Madrid.

CEREZO MIR (2001), *Curso de Derecho penal español, Parte General, III, Teoría jurídica del delito/2*, 1^a ed., Tecnos, Madrid.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1991), «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?. (Comentario a la STS, Sala 2^a, de 8 de octubre de 1991)», *Poder Judicial*, (24), pp. 203 a 220.

FREUND (1992), *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Carl Heymanns, Köln.

⁷³ Véase RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, 2013, pp. 133 y ss.

⁷⁴ Sobre los requisitos de la participación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un tercero, véase RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, 2013, pp. 124 y ss.

FRISCH (2004), *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Traducción de la edición alemana (Heidelberg, 1998) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura), Marcial Pons, Madrid.

GALLAS (1960), «Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung», *JZ*, pp. 649 y ss.

GEILEN (1974), «Suizid und Mitverantwortung», *JZ*, pp. 145 a 154.

GIMBERNAT ORDEIG (1999), «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t I, Artículos 1 a 18, Edersa, Madrid.

- EL MISMO (1999), «Das unechte Unterlassungsdelikt», *ZStW*, (111), pp. 307 y ss.

GÓMEZ TOMILLO (2010), «Artículo 28, párrafo 2.º, b)», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid.

GRACIA MARTÍN (1994), «La comisión por omisión en el Derecho penal español», en GIMBERNAT ORDEIG (dir.), *La Comisión por omisión*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid.

- EL MISMO (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*, UNED, Madrid.

- EL MISMO (1994), «Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (y II)», *Actualidad Penal*, (18), pp. 307 y ss.

- EL MISMO (1993), *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales, vida humana independiente y libertad*, Tirant lo blanch, Valencia.

- EL MISMO (1985), *El actuar en lugar de otro, I, Teoría General*, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza.

- EL MISMO (2009), «Prólogo a la edición española de la obra de SCHÜNEMANN», en SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Marcial Pons, Madrid.

- EL MISMO (2013), «Prólogo a la obra de RUEDA MARTÍN», en RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Atelier, Barcelona.

HAAS (2011), «Die Beteiligung durch Unterlassen», *ZIS*, (5), pp. 392 y ss.

HEINE (2010), «vor § 25», *Strafgesetzbuch Kommentar, Schönke/Schröder*, 28ª ed., C. H. Beck, München.

HERZBERG (1972), *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Walter de Gruyter, Berlin, Nueva York.

- EL MISMO (1977), *Täterschaft und Teilnahme: eine systematische Darstellung anhand von Gründfällen*, C. H. Beck, München.

HOFFMANN-HOLLAND (2006), «Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff», *ZStW*, (118), pp. 620 a 638.

HUERTA TOCILDO (1997), *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia.

JAKOBS (1997), «El concepto jurídico-penal de acción», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Traducción al castellano y Estudio Preliminar de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, Civitas, Madrid.

- EL MISMO (1996), *La imputación objetiva en Derecho penal*. Traducción de M. Cancio Meliá, Cuadernos Civitas, Madrid.

- EL MISMO (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a ed., Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York. [*Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción De J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, 1995].

JESCHECK/WEIGEND (2002), *Tratado de Derecho penal, Parte General*, Traducc. de Olmedo Cardenete, 5^a ed., Comares, Granada.

KAUFMANN, ARMIN (1954), *Lebendiges und Totes in Bindinds Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*. Verlag Otto Schwartz & Co. Göttingen.

LASCURAÍN SÁNCHEZ (2002), *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid.

LUZÓN PEÑA (1986), «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», *Poder Judicial*, (2), pp. 73 a 92.

MIR PUIG (2011), *Derecho Penal, Parte General*, 9^a ed., Editorial Reppertor, Barcelona.

MORALES PRATS (2011), «Art. 11 CP», en QUINTERO (dir.), MORALES (coord.), *Comentarios al Código penal, Parte General, (Artículos 1 a 233)*, t. I, 6^a ed., Aranzadi, Pamplona.

MOSENHEUER (2009), *Unterlassen und Beteiligung. Zur abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2010), *Derecho penal, Parte General*, 8^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

PAWLIK (2008), «El funcionario policial como garante de impedir delitos», *InDret Penal*, (1), pp. 1 y ss.

- EL MISMO (2011), «"Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils". Bemerkungen zur Lehre von der Garantienpflichten», en HEINRICH/JÄGER et al. (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, t 1, Walter de Gruyter, Berlin, New York.

PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ (1997), «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», *Estudios de Derecho penal*, Traducción al castellano y Estudio Preliminar de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, Civitas, Madrid.

PIÑA ROCHEFORT (2005), *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, J. M^a Bosch Editor, Barcelona.

PORTILLA CONTRERAS (1999), «La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad», *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López*, Comares, Granada.

RANFT (1982), «Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung. Ein Beitrag Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme», *ZStW*, (94), pp. 815 a 863.

REYES ALVARADO (1994), *Imputación objetiva*, Editorial Temis, S. A., Santa Fé de Bogotá.

ROBLES PLANAS (2012), «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret Penal*, (2), pp. 1 y ss.

- EL MISMO (2007), *Garantes y cómplices, La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona.

- EL MISMO (2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid.

RODRÍGUEZ MESA (2005), *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Aranzadi, Pamplona.

ROMEO CASABONA (1993), «Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político criminal», *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid.

ROXIN (2003), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 1^a ed., C. H. Beck, München.

- EL MISMO (2006), *Täterschaft un Tatherrschaft*, 8^a ed., Walter de Gruyter, Berlin.

RUDOLPHI/STEIN (2009), «vor § 13», *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, t. I, A. Metzner Verlag, Frankfurt am Main.

RUEDA MARTÍN (2013), *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Atelier, Barcelona.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (1995), «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», *ADPCP*, pp. 187 y ss.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2002), *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid.

SCHÜNEMANN (2005), «El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro», *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Aranzadi, Navarra.

- EL MISMO (2008), «El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión», en García Valdés et al. (eds.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t II, Edisofer, Madrid.

- EL MISMO (2005), «Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Welzel en la dogmática penal de principios del siglo XXI. Del descubrimiento de Welzel del dominio social del hecho al desarrollo del “dominio sobre el fundamento del resultado” como principio general de la autoría. A su vez, un análisis de la teoría de las estructuras lógico-objetivas y de la relación entre ontologismo y normativismo», en HIRSCH/CEREZO et al. (eds.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

- EL MISMO (1998), «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania», *Revista del Poder Judicial*, (51), pp. 201 a 222.

- EL MISMO (2009), *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*, Traducción de la edición alemana (Gotinga, 1971) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid.

- EL MISMO (2007), «§ 27», *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12^a ed., Walter de Gruyter Recht, Berlin,

SERING (2000), *Beihilfe durch Unterlassen, Beitrage zur Strafrechtswissenschaft*, t. 3, Lit Verlag, Münster, Hamburg, London.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (2009), «La responsabilidad penal de los miembros de las fuerzas policiales por no impedir delitos», *RDPCr*, (2), pp. 127 a 155.

SILVA SÁNCHEZ (1999), «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, Artículos 1 a 18, Edersa, Madrid.

- EL MISMO (1997), «La regulación de la “comisión por omisión” (artículo 11)», en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, J. M^a. Bosch, Barcelona.

- EL MISMO (2001), «Zur Dreiteiligung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, Berlin.

- EL MISMO (1989), «Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, (38), pp. 367 a 404.

- EL MISMO (1986), *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Librería Bosch, Barcelona.

STREE/BOSCH (2010), «§ 13», *Strafgesetzbuch Kommentar, Schönke, Schröder*, 28^a ed., Verlag C. H. Beck, München.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA (2010), «Artículo 11», *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid.

TRAPERO BARREALES (2003), «La participación omisiva en el delito de abusos sexuales: ¿La guarda de hecho como posible fundamento de la posición de garante? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2000», *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, pp. 449 y ss.

VIVES ANTÓN (1999), «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, Artículos 1 a 18, Edersa, Madrid.

WEIGEND (2007), «§ 13», *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12^a ed., Walter de Gruyter Recht, Berlin.

ZUGALDÍA/MORENO-TORRES/PÉREZ/MARÍN/RAMOS (2010), *Fundamentos de Derecho penal, Parte General*, 4^a ed., Tirant lo blanch, Valencia.