

Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Alcalá (Madrid), España. Patrona FICP.

~La autonomía del delito comisivo omisivo~

En estos dos últimos años he estado ocupada en una investigación sobre los delitos de comisión por omisión y he llegado a unas conclusiones provisionales que quiero presentarles en el marco de este Congreso y que expongo por primera vez.

Como es sabido el desarrollo y planteamiento mayoritario en los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión ha girado en torno a la posición de garante y/o a establecer criterios de equivalencia, de identidad entre la comisión y la omisión para realizar la imputación de resultados a la conducta omisiva. Sin embargo, la idea central de mi investigación intenta demostrar la autonomía del delito omisivo, que de ahora en adelante, en el caso de su manifestación más antijurídica denominaré de comisión omisiva y no de comisión por omisión, ya que como voy a explicar, este cambio fundamental de terminología es una consecuencia de mis conclusiones y revelador de mis planteamientos.

El delito omisivo y por extensión el comisivo omisivo desde su nacimiento se ha analizado a la sombra del delito de comisión “comisiva”¹ o activa o, en terminología tradicional, del delito de comisión, y ello porque desde el principio del desarrollo de la teoría del delito se ha tomado como paradigma de estudio el delito comisivo y además doloso. El delito imprudente y el delito omisivo eran vistos como formas especiales y derivadas del delito comisivo doloso y además problemáticos, pues no se adecuaban a los descriptores causalistas de la acción. Ello por un lado, pero por otro, también se relegaba el delito omisivo a un segundo plano desde los planteamientos de la filosofía liberal que, diferenciando entre Derecho y Moral, distinguían a su vez entre acciones y omisiones y entre prohibiciones y mandatos, siendo estos últimos de un marcado

¹ Advierto de que la terminología “comisión comisiva” puede ser tautológica, pero desde mi concepción la comisión puede ser comisiva u omisiva, siendo el concepto de comisión omnicomprendivo y no sinónimo de comisión. Cometer es según la RAE “caer o incurrir en una culpa, yerro o falta” y esto se puede realizar por una conducta comisiva y por una omisiva. Está más extendido el uso de comisión activa, pero pese a que admito también esa terminología, no hay que olvidar que la omisión es también una conducta activa, una actividad humana que no sigue lo preceptuado por la norma. Por tanto, una comisión activa también lo es una comisión omisiva.

carácter moralizante, por lo que solo si existía un deber legal se introducía el mandato de nuevo en el ámbito jurídico².

Desde estas hipótesis la pregunta que se suscita, entonces, es la siguiente: ¿es lo suficientemente grave el comportamiento omisivo para lesionar el bien jurídico tal y como se requiere en un delito de resultado? Y nos podemos cuestionar, entonces, llegados a este punto si el delito omisivo merece ser sancionado de igual manera que el delito comisivo, si el delito omisivo puede alcanzar una gravedad de injusto que deba ser sancionada con la misma pena que el delito comisivo. La cuestión es de tal trascendencia que una respuesta negativa arrasaría con toda la teoría de la equivalencia entre la comisión y la omisión.

Para determinar cuál es el grado de gravedad de una omisión hay que analizar la morfología del delito omisivo y constatar si concentra una capacidad propia para lesionar gravemente el bien jurídico, produciendo el resultado en aquellos delitos que lo exijan. En esta línea, sostengo que la omisión, algunas omisiones, es tan peligrosa como la comisión o incluso más peligrosa, con mayor potencial lesivo, pero ello, sin embargo, en mi opinión, no es consecuencia de afirmar una identidad estructural con la comisión comisiva, ya que *aquella omisión que tiene la capacidad lesiva de producir un resultado* tiene sus propios rasgos de creación de peligro, que nada o poco tienen que ver con la comisiva, salvo que la omisión tiene que cumplir, como también ocurre en un hacer comisivo, el requisito de la tipicidad, cumpliendo escrupulosamente los elementos que integran el tipo de resultado. Con este planteamiento, abandono la senda metodológica de intentar buscar criterios de equiparación.

Ahondando en mi concepción y propuesta de interpretación del delito comisivo omisivo, considero que existen omisiones muy graves que realizan desde una perspectiva socio-normativa el resultado descrito y prohibido en la norma de un modo innegable y, entonces, en mi opinión, la equiparación entre la comisión y la omisión debe establecerse en *parámetros de gravedad de la lesión*³, pero hasta ahí debe llegar

² Requena Juliani, Jaime, Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: Posición de garante e imputación objetiva, Dykinson, Madrid, 2010, 29 ss.

³ CUADRADO RUIZ, ADPCP, 1997, 398, razona que “si lo que se trata de saber es si la pena prevista para la realización activa de un delito es también aplicable a la comisión por omisión, diría *que comisión y omisión tienen en común la base normativa de la realización típica* que, complementariamente, se transforma en delito de comisión por omisión a través de cláusulas legales generales del tipo del artículo 11 del Código Penal de 1995, o de construcciones dogmáticas más o menos respetuosas con el principio de legalidad. Ambos comportamientos, comisivo activo y omisivo, *al lesionar o poner en peligro un mismo bien jurídico tienen en común el resultado típico, dentro de un mismo marco legal que viene*

la identidad comparativa, siendo la consecuencia final la misma: la imposición de la misma pena a ambas formas de realización del resultado. Sin embargo, hago notar y reitero que las formas de actuación de la conducta omisiva que lesiona al bien jurídico son bien distintas a la de las conductas comisivas, y por ello hay que elaborar una construcción del tipo comisivo omisivo con sus propios y singulares criterios y su específica fundamentación⁴, apartándose así de la estructura impuesta por la actuación comisiva para el delito. Por tanto, habrá omisiones que tengan *la misma gravedad, la misma necesidad y merecimiento de pena, que la comisión*, pero los criterios que fundamenten esa gravedad serán distintos de la comisión comisiva o activa y específicos de la comisión omisiva.

Hago notar también que la omisión se presenta con mayor riqueza de matices que la comisión y ello por ser un concepto normativo, un metaconcepto, formado a través de la idea de deber, deber general o deber especial que describe la norma extrapenal o penal. En el delito omisivo hay una escala de graduación de antijuridicidad, que no existe en el delito comisivo y ello dificulta el análisis dogmático, pues hay que hacer un trabajo delimitativo; pero esta singularidad no es un argumento que pueda hacer pensar que las omisiones son todas menos graves que las comisiones o que muy pocas conductas omisivas pueden alcanzar un grado de lesión del bien jurídico equivalente a la comisión, como en un principio se mantenía⁵. Considero que bajo el *término aglutinador general de omisión* hay omisiones que castigan el no cumplimiento de deberes generales, tratándose entonces de omisiones puras, con una antijuridicidad mucho menor que la que tiene el delito comisivo, y ello por la naturaleza del deber: es un deber de carácter general; por la naturaleza de la norma: se trata de una norma de

expresamente descrito como una norma prohibitiva, por lo que a mi entender, la consecuencia jurídica debería ser también la misma”. (Sin cursiva en el original).

⁴ CUADRADO RUIZ, ADPCP, 1997, 405 defiende la autonomía de la comisión por omisión y al respecto manifiesta que “los delitos de comisión por omisión son delitos de una estructura autónoma y con características mixtas o parciales de los delitos de acción y de los delitos de omisión (...). La referencia a la norma de mandato que se infringe mediante una omisión sería un elemento común a los delitos de omisión pura y a los delitos de comisión por omisión, y el resultado y el marco punitivo lo que comparten con los delitos comisivos activos”. Estoy de acuerdo con la autora en su planteamiento, pero atendiendo a mi concepción voy más allá con lo que el presupuesto de la autonomía y el estudio independiente lo extiendo a toda la omisión y a todas sus clases, de hecho la omisión pura no tiene muchos elementos comunes con un delito comisivo resultativo.

⁵ Así SILVELA, Derecho penal II, Madrid, 1879, 128, mantenía que “la omisión no es otra forma común a todos los delitos, sino por el contrario, especial y determinada de algunos, muy escasos en número, y por tanto, la inacción es una forma legal de delinquir, sólo para algunos casos establecidos, y, en cierto modo excepcional”. Hay que tener muy presente que el desarrollo dogmático del delito omisivo es posterior al del delito comisivo, iniciándose en Alemania a principios del s. XX y desarrollándose posteriormente en nuestro país. (cfr. Cuadrado Ruíz. ADPCP, 1997, 387 s y n. 1). Además este desarrollo, como advierto en el texto, se hace a la sombra del delito comisivo.

naturaleza imperativa; por la clase de delito: que es de mera actividad; por el bien jurídico: que suele proteger la búsqueda de un comportamiento solidario y conforme a la norma; por la no exigencia, dentro de la descripción típica de la producción de un resultado y porque se conforman con la mera infracción del deber. Evidentemente, aquí la comisión resulta mucha más grave que la omisión.

En un segundo rango o escalón, nos encontramos con omisiones de deberes especiales, en el que la antijuridicidad ya aumenta y el merecimiento de pena es, por ello, mayor. Y ello por la clase de deber, que es un deber especial, reforzado porque es solicitado su cumplimiento con mayor exigencia por el ordenamiento jurídico, ya que desde el ejercicio de la autonomía y la libertad personal, el sujeto ha aceptado cumplir el deber especial. Se ha comprometido voluntariamente a cumplir garantías de control y protección. Ha asumido voluntariamente una serie de obligaciones, como arrostrar los peligros y dificultades que se presenten para los bienes jurídicos⁶. Si nos quedamos con esta perspectiva, el incumplimiento de un deber especial por alguien que autónomamente se ha comprometido a cumplirlo, nos conduce a tener que considerar que la actuación así descrita es más grave y merece mayor pena, siempre y cuando se trate de deberes exigidos en el contexto concreto por la norma penal, que va a ser una norma penal en blanco. Según la tesis que sostengo, el sujeto que omite estos deberes de protección o de control del bien jurídico, que son sus deberes, que se ha colocado en primera línea de responsabilidad, como el adalid, y luego no hace nada para evitar el resultado lesivo, realiza una omisión de garante⁷.

Esta clase de omisión sigue siendo menos grave que la comisión, *porque el garante no ha producido el resultado, sino que no lo evita y por ello no se ha enfrentado a la norma prohibitiva realizando el resultado*, como sí lo hace, por cierto, un sujeto que realiza la actuación tipificada en un delito de resultado. Pero, por otro lado, el garante tiene una posición de obligada entrega y compromiso de protección y

⁶ Quiero matizar que efectivamente existen posiciones de garante en las que al sujeto se le ha impuesto un deber o una obligación legal, pero ello es la expresión concreta de haber asumido en un momento anterior de manera voluntaria esa posición de garante, que está sometida a deberes legales en el desarrollo de su actividad, sobre todo si nos movemos en ámbitos altamente normativizados. Por tanto, cuando hablo de asunción voluntaria no me estoy refiriendo a la obligación legal concreta impuesta al garante, sino a la decisión del sujeto de ser garante. Una vez asumida esa decisión, resultará que en muchos casos vendrá obligado legalmente, sin tener que analizar por ello ya el carácter voluntario de su posición.

⁷ Considero que la diferenciación más problemática y que requiere de más esfuerzo dentro de la teoría del delito omisivo es la de delimitar qué casos constituyen omisiones de garante de no evitación del resultado de omisiones de garante de producción del resultado, es decir, de auténticas comisiones omisivas, puesto que son fronteras conceptuales limítrofes.

control, creando así una atmósfera de confianza y una expectativa de cumplimiento frente al bien jurídico y la sociedad, y por estas razones este tipo de omisiones se hacen acreedoras de mayor antijuridicidad y de una pena más grave. A este respecto, me parece que es muy plástica la terminología que adopta MEINI de considerar estos supuestos como “tipos de no evitación del resultado por el garante”⁸ o bien como la que propongo yo misma de “tipos de omisión de garante de no evitación”.

En último lugar, nos encontramos las omisiones comisivas o lo que he dado en llamar comisiones omisivas, que en la terminología tradicional se denominan comisiones por omisión u omisiones impropias. En la comisión omisiva, el sujeto realiza la producción del resultado a través de la omisión. Estas omisiones no se definen porque no eviten el resultado, sino que se definen porque crean normativamente los peligros que van a terminar realizando el resultado, al igual que lo hace en este punto una comisión comisiva. Además estas comisiones omisivas infringen la norma imperativa y la norma prohibitiva que define el delito comisivo. Y ello, porque sostengo que, en una sucesión lógica y consecencial de la teoría de las normas, los delitos comisivos no son sólo delitos de comisión comisiva, sino que siempre han sido también delitos comisivos omisivos. La comisión de un delito de resultado se realiza por infringir la norma prohibitiva que prohíbe la realización de tal resultado. Y a ello se llega infringiendo otras normas prohibitivas, que prohíben actuar de ese modo o infringiendo una norma imperativa, que ordena cómo se debe actuar para no producir ese resultado prohibido. De este modo la descripción prohibitiva de un delito de resultado alberga tanto la comisión omisiva como la comisión comisiva del resultado requerido.

En resumen, según mi posición existen tres clases de omisiones⁹: las omisiones puras, las omisiones de garante¹⁰ y por otro lado *las comisiones omisivas* o lo que se ha denominado tradicionalmente comisión por omisión. Las primeras y segundas obedecen a normas imperativas, *que imponen conductas debidas para evitar el resultado*; *las comisiones omisivas, sin embargo, no se agotan en la norma imperativa, sino que*

⁸ La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP, en: Anuario de Derecho Universidad Friburgo, 2003, *passim*. (en línea).

⁹ Sobre las clasificaciones de los delitos omisivos y las cuestiones terminológicas derivadas, cfr. CUADRADO RUIZ, ADPCP, 1997, 400 ss.;

¹⁰ SILVA, CuadDJ, 1994, 19. El delito, 336 ss, 343 ss., 347-348, como es de sobra conocido diferencia entre omisiones puras standard y omisiones puras de garante.

*responden a la infracción de una norma imperativa y prohibitiva simultáneamente*¹¹. El delito comisivo omisivo entiendo que infringe las dos clases de normas, que sólo en esta clase de delito se solapan¹² y se complementan, teniendo la norma imperativa como finalidad que se cumpla un deber y la norma prohibitiva la finalidad de prohibir que se produzcan los resultados lesivos más graves para el bien jurídico. Una lectura conjunta de ambas infracciones normativas simultáneas se puede formular de este modo: *el sujeto está obligado a cumplir un deber con el fin de/para prohibirle que produzca un resultado lesivo con su incumplimiento*. El enfrentamiento, por tanto, con el ordenamiento jurídico es bi-frontal: tiene lugar el incumplimiento de dos normas, nada menos que de naturaleza penal y ya ello es un argumento decisivo para afirmar la gravedad de la comisión omisiva. El sujeto que incumple un deber, y no se trata de cualquier deber, sino de un deber especial que le convierte en garante, desarrolla un comportamiento antijurídico, porque no realiza la conducta debida, y la actuación por sí y en sí misma ya es un ilícito, si ese deber forma parte del contenido de la norma penal; en otras palabras, ya existe un desvalor de la acción, pero también realiza el resultado que la norma jurídico-penal prohíbe expresamente, cuando la infracción de ese deber tal y como se ha llevado a cabo crea un peligro que se realiza en el resultado. P.ej. la madre o el padre que no alimenta a su hijo recién nacido incumplen un deber impuesto por una norma, ya sea moral, ética, jurídica o no escrita, pero que resulta ser un deber incontestable y su incumplimiento implica en sí mismo un ilícito, pero si además perseveran y persisten en no darle alimento alguno a su bebé y este muere, su conducta infringe una norma prohibitiva, ahora sí que expresamente escrita, produciendo un resultado lesivo que merecerá la imposición de una pena. En mi opinión, es evidente la gravedad antijurídica y desvalor normativo de la comisión omisiva, desde que se infringen varias normas, lo que no suele ocurrir en la comisión comisiva o activa, por lo que desde esta perspectiva la comisión omisiva es más grave incluso que la comisión comisiva, siempre que con ella no se infrinjan varias normas también, lo que puede suceder igualmente, aunque no suele ser lo habitual.

¹¹ Cfr. En contra, KAUFMANN, ARMIN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 6: “una omisión lesiona una *prohibición* cuando contraviene un mandato de acción”.

¹² CUADRADO RUIZ, ADPCP, 1997, 405, concluye en su trabajo que “puesto que en los delitos de comisión por omisión, existe realmente una omisión, la omisión de un mandato jurídico que no aparece descrita típicamente de forma negativa, y sin embargo, se realiza un tipo penal construido como un delito comisivo (norma prohibitiva), que estamos ante delitos que son un mestizaje y tienen una identidad autónoma”.

Por otro lado, nos topamos con el argumento de la mayor energía criminal en la comisión comisiva, continuando con el esbozo del liderazgo del delito doloso en la teoría del delito y el cuestionamiento de la gravedad de la omisión. En mi opinión, el argumento de la mayor energía criminal en la comisión es un tópico, el cual se ha asimilado y no se ha cuestionado. En la comisión omisiva el obligado que no cumpliendo lo que debe hacer realiza un delito resultativo demuestra tener una energía criminal férrea, pues normalmente atendiendo al curso de los acontecimientos este obligado, ya sea con dolo o con imprudencia, tiene que mantener la decisión delictiva durante un tiempo prolongado. En el ejemplo de la madre que no alimenta a su hijo, la frialdad y la perseverancia delictiva tiene que ser necesariamente prolongada. No veo, entonces, en qué modo hay menor energía criminal en esa madre o en ese padre, que no alimenta al bebé o en ese médico que no prescribe el tratamiento adecuado y va viendo como su paciente a lo largo de cada visita se va deteriorando o en ese encargado de riesgos laborales que mantiene a sus trabajadores en condiciones precarias durante su actividad laboral. Es más, en los casos más flagrantes y buscados de propósito, esa actuación de espera y comprobación de que el paso del tiempo va a conducir a la producción del resultado se aprecia una cierta carga alevosa¹³.

Para ir terminando, desde la posición que mantengo y que estoy construyendo definiendo que el delito omisivo solo en su manifestación de comisión omisiva tiene la misma gravedad que el delito de comisión comisiva y que esta gravedad no nace de la equiparación con la comisión, sino de su propia y específica morfología. El delito omisivo es autónomo frente a la figura del delito comisivo, y este planteamiento cambia diametralmente el enfoque y las relaciones con el delito de comisión comisiva o activa, que ya no es el delito prototipo, desde mi punto de vista, por lo que la omisión tiene que tener su espacio propio y autónomo, que se refleje en la construcción de una teoría del tipo omisivo independiente y autónoma.

Desde estas premisas mis conclusiones provisionales se pueden resumir en las siguientes:

- 1) Solo en una de sus manifestaciones, la comisión omisiva, el delito omisivo es igual de grave o incluso más grave que el delito de comisión comisiva, y ello

¹³ En el caso de los delitos imprudentes, no es posible aplicar la alevosía. Ahora bien, aunque las conductas imprudentes no buscan la producción del resultado, sí que se aprecian comportamientos prolongados negligentes.

porque dicha omisión realiza la producción del resultado requerido y prohibido en el tipo. Las omisiones que son capaces de producir un resultado y a las que se les puede imputar el mismo son una forma de comisión y constituyen un de las clases del delito comisivo, tomado como concepto general y comprensivo.

- 2) El delito comisivo omisivo infringe la norma primaria imperativa o de mandato y la norma secundaria de prohibición, que es la que define el tipo. Por tanto, también infringe la norma prohibitiva, tal y como se ha afirmado sin mayor problema para el caso del delito de comisión comisiva. Concibo entonces la comisión en este punto como un supraconcepto, que comprende de igual modo las omisiones de garante que crean riesgos que terminan realizando el resultado prohibido en la norma y las comisiones comisivas o activas, que también tienen que crear los riesgos concretos que se realicen en el resultado concreto prohibido.
- 3) De las dos anteriores conclusiones llego a una tercera: no es necesario el art. 11 del CP español o el § 13 del CP alemán o el art. 25 del Código penal colombiano para admitir y castigar las comisiones omisivas. Todos los delitos de comisión son comisivos u omisivos. La comisión omisiva está presente en el marco de la significación natural de las descripciones típicas¹⁴, de tal modo que la omisión comisiva o comisión omisiva está comprendida en estas descripciones típicas sin necesidad de una cláusula general. Esta puede ser utilizada para otros menesteres como la descripción de las omisiones de garante, como hacen, por cierto, también alguna de las normas reseñadas.
- 4) Desde la autonomía de la omisión y con la identificación de su morfología y valoración propia considero que la metodología de la teoría de la equivalencia tiene que ser abandonada, acabando con la dependencia dogmática de la omisión frente a la comisión, ya que no se trata de identificar el delito de comisión comisiva con el delito comisivo omisivo (o si se quiere con el delito omisivo comisivo). El delito comisivo puede servir de guía y orientación, pero no hasta el punto de establecer identidades morfológicas que son imposibles e inadecuadas; y para el caso de establecer identidades valorativas, ello es más una consecuencia,

¹⁴ Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, Göttingen, Schwartz, 1971, 217 s. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia, (trad. Por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 2009, 261 s.

que una exigencia, ya que cuando la actuación omisiva realice la producción del resultado descrito en el tipo, alcanzará consecuentemente el mismo desvalor que tiene una actuación comisiva que produzca también ese resultado. Ahora bien, quiero recalcar que mi defensa de la autonomía del delito omisivo, no conduce a desterrar todos los progresos, que son muchos, que se han conseguido con las tesis de la equivalencia. Así manifiesto que el desarrollo dogmático y los criterios formulados hasta ahora por la teoría de la equivalencia son de una valía cualitativa apreciable e irrenunciable y se deben y se pueden reciclar, sirviendo ya no más para establecer equivalencias, pero sí para construir el tipo propio y privativo de los delitos de omisión, dando contenido a los criterios de la imputación objetiva y de la autoría y de la participación.

- 5) Afanándome en un bosquejo de la construcción de la teoría del tipo omisivo y esbozando las líneas provisionales de mi investigación, mantengo que: *la causalidad* es un elemento muy problemático dentro de la estructura del delito omisivo. Efectivamente la causalidad con su carga ontológica, bebiendo del determinismo mecanicista y con base naturalista encaja con el delito comisivo, pero incluso en esta clase de delitos la causalidad encuentra sus obstáculos de aplicación. Nótese los problemas que plantea la causalidad en los cursos causales no verificables, en los delitos cumulativos o en los delitos con bienes jurídicos supraindividuales. Pero volviendo al delito omisivo, los planteamientos pueden ser principalmente dos: El primero pasaría por proclamar o bien la innecesariedad de afirmar la causalidad en el delito omisivo o bien la negación de una relación de causalidad, debido a que esta no se pueda concebir y entender más que como una relación de base naturalista, abandonando ya en este punto un esfuerzo asimilador de la omisión con el “actuar positivo”. El segundo planteamiento vendría de la mano de una construcción de la causalidad propia para el delito omisivo, y en particular para la comisión omisiva. Este enfoque también se encuentran entre la doctrina más autorizada, que formula teorías como la de la causalidad hipotética¹⁵. Desde el principio de autonomía que defiende para el delito omisivo, considero que o bien se llega a considerar que es innecesaria la afirmación de la relación causal o se construye una relación de causalidad válida para el delito omisivo, que

¹⁵ Cfr. las exposiciones de esta cuestión en REQUENA, Intercambiabilidad, 2010, 33 ss.; MASSARO, ANTONELLA, Perfiles problemáticos en la verificación de la denominada causalidad omisiva, en la experiencia jurídica italiana, en: Revista de Derecho Penal, 2011-1, 443 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal, PG, 3.^a, Valencia, tirant lo Blanch, 2016, 590 ss.

venga a cumplir la función que este elemento tiene dentro del tipo y que se materializa en el procedimiento penal en la valoración de la prueba. Lo que se tiene que tener en cuenta en cualquier caso es que no se puede correr el riesgo de desnaturalizar el concepto de causalidad.

- 6) ***La posición de garante*** es un elemento dentro de la teoría del delito omisivo que tiene una función delimitadora, segmentando en dos grandes partes a esta clase de delito, con la obtención de dos grandes bloques: los delitos omisivos puros y los delitos de omisión de garante. Es en estos últimos en los que la posición de garante es un elemento esencial y característico, dotándolos de una relevante carga de antijuridicidad por su presencia en el tipo omisivo, siendo un elemento necesario, pero no suficiente para identificar la comisión omisiva de un garante y un elemento necesario y suficiente para identificar la omisión de garante de evitación del resultado. Su función, desde esta perspectiva, es restrictiva, pues deja fuera de su espacio a todas las omisiones puras y señala el posible círculo de autores de un delito de omisión de garante y de un delito de comisión omisiva; no obstante, en este último no sirve como criterio para delimitar las omisiones de garante de evitación de las comisiones omisivas realizadas por el garante. Por último, es un elemento que se debe introducir en el análisis de la imputación objetiva y sobre todo en el criterio de fin de protección de la norma, ya que la posición de garante concreta nos indicará las características del deber especial que asumen voluntariamente o que bien incumben u obligan al sujeto concreto. Sirven también para establecer categorías como el garante por protección y el garante de control y construir en cada una de ellas criterios para establecer cuándo y cómo se puede realizar la producción del resultado y tener el dominio sobre su fundamento como son las tesis del desvalimiento total de la víctima.
- 7) Es en las categorías de la imputación objetiva y de la autoría dentro del tipo omisivo, en las que se deben elaborar los criterios y los lugares de análisis correctos para identificar cuándo la actuación del garante deja de ser una omisión pura agravada por la posición de garante, para convertirse en una comisión omisiva de garante. Y es en estos lugares comunes donde encuentran su anclaje construcciones, que, buscando la equiparación con el delito comisivo y una eficacia restrictiva, han conseguido definir la sustancia de la comisión omisiva y su delimitación con los delitos de posiciones de garante de evitación. De estas

construcciones son dos las que considero más acabadas y correctas: la de LUZÓN PEÑA¹⁶ y la de SCHÜNEMANN¹⁷. Dejando a un lado el enfoque de una exacta equivalencia o identidad de significado con la causación activa del resultado lesivo¹⁸, propongo desarrollar desde la idea de la autonomía de la omisión los criterios de adecuación y de fin de protección de la norma de la imputación objetiva teniendo muy en cuenta las bases y características propias del delito omisivo. Y así, el criterio de adecuación de la imputación objetiva, recogiendo las tesis de LUZÓN PEÑA, se explica desde la creación y aumento del riesgo con la propia acción omisiva¹⁹, aunque más certeramente desde la idea del descontrol del peligro, pues materialmente estamos ante situaciones reales en las que el peligro es preexistente. El criterio del fin de protección de la norma en la imputación objetiva del resultado tiene que explicarse desde el contenido del deber y su naturaleza y origen, es decir, desde las posiciones de garantía y la asunción concreta de deberes que el garante ha admitido o se le han impuesto legalmente, teniendo muy en cuenta si es un garante de protección o un garante de control, puesto que la interpretación del fin de protección de la norma será distinta en uno y en otro caso. Solo hay que percatarse de que en el caso del garante de protección tiene que definirse la situación concreta para interpretar correctamente el fin de protección de la norma a través de los conceptos de desvalimiento total o parcial, contruidos por SCHÜNEMANN²⁰, o la idea de blindaje brindada por LUZÓN²¹ lo que por ejemplo, puede influir en la posible solución de los casos de autopuestas en peligro y heteropuestas en peligro como subcriterio del fin de protección de la norma.

- 8) Ya para finalizar y muy unida a la categoría anterior de la imputación objetiva, hasta el punto de complementarse y conjuntamente dar contenido a cualquier clase

¹⁶ Lecciones PG, 3.^a, 2016, 620 ss.

¹⁷ Grund und Grenzen, 1971, 334 ss.; Fundamento y límites, 2009, 383 ss.

¹⁸ Luzón, Lecciones, PG, 3.^a, 2016, 609.

¹⁹ Lecciones, PG, 3.^a, 2016, 621: “Pues bien, para que un delito omisivo sea de **omisión impropia**, es decir de comisión por omisión, el criterio o exigencia de que la propia omisión cree un riesgo inexistente o totalmente controlado incrementemente decisivamente, no es sino **trasladar aquí el criterio general de que el primer requisito de la imputación objetiva** (ya en los delitos de causación activa de resultado) es **que la conducta cree un riesgo jurídicamente relevante (adecuación)**. Lo mismo ha de regir en la omisión impropia para que haya equivalencia con la realización activa del correspondiente tipo comisivo de resultado.” Sobre este criterio como un criterio de la imputación objetiva, tb. Roso, Manual práctico de DP, en prensa.

²⁰ Grund und Grenzen, 1971, 334 ss.; Fundamento y límites, 2009, 383 ss.

²¹ Lecciones PG, 3.^a, 2016, 623 ss.

de tipo, también el omisivo, nos encontramos con la autoría y la participación. En mi concepción es el dominio del hecho y sobre el hecho el que permite imputar a un sujeto el hecho como autor. Este criterio es el que hay que desarrollar desde el principio de la autonomía del delito omisivo y en particular de la comisión omisiva. Por ello, en esta categoría hay que volver a tener en cuenta el elemento de la posición de garantía, pero no para considerar a los delitos de omisión como delitos de infracción del deber, que no lo son, sino para dar contenido al criterio del dominio dentro del delito omisivo, ya que no se describe de igual modo el dominio de un garante de control que el de un garante por protección. En el primero está muy presente el dominio sobre la fuente de peligro y cómo se ejerce, es decir, las posibilidades que el sujeto ha tenido de controlar o no el peligro, atendiendo al origen de ese peligro y a la forma concreta y real en la que se ha desarrollado; y en el caso de la posición de garante por protección tenemos que tener en cuenta las circunstancias concretas de la víctima, lo que nos vuelve a señalar la característica fundamental del desvalimiento de la víctima. Por otro lado, en los delitos omisivos la asunción voluntaria propia realizada por el sujeto activo o la imposición legal del deber también constituyen el cómo se va a ejercer ese dominio y hasta qué límites, por lo que también traemos de nuevo a esta categoría el concepto del blindaje, al cual se haya comprometido el garante, lo que puede incrementar su dominio sobre la situación concreta. Por último, el análisis de la categoría de la autoría dentro de los delitos omisivos y en particular los de garante tiene que ser muy matizada, ya que si no hay dominio sobre la razón que haya fundamentado la producción del resultado, podemos encontrarnos con una participación comisiva omisiva o con una omisión de garante agravada.