

**LUZÓN PEÑA, Diego-M., Delitos omisivos impropios o de comisión por omisión, Foro FICP, 2022-1, pp. 14-194**

Revista

**Foro FICP**

**2022-1**

**(Tribuna y Boletín de la FICP)**

(ISSN: 2340-2210)

## SUMARIO

<b>I.</b>	<b>TRIBUNA (para los miembros de la FICP)</b> .....	<b>6</b>
<b>1.</b>	<b>Semblanzas y homenajes</b> .....	<b>6</b>
	<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña</i> .....	6
	Agustín Jorge Barreiro. El universitario, el penalista, el amigo. Recuerdo póstumo	
<b>2.</b>	<b>Tribuna de debate</b> .....	<b>12</b>
	<i>Prof. José Manuel García Sobrado</i> .....	12
	Juzgar no es pontificar	
<b>3.</b>	<b>Estudios</b> .....	<b>14</b>
	<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña</i> .....	14
	Delitos omisivos impropios o de comisión por omisión	
	<i>Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez</i> .....	195
	Libertad de expresión y subjetivismo. Notas críticas	
	<i>Prof. Dr. Juan Carlos Hortal Ibarra</i> .....	204
	Hiperactividad penal y emancipación doctoral: ¿aplicación del delito contra la seguridad laboral en plena emergencia sanitaria?	
	<i>Dr. Javier Ijalba Pérez</i> .....	222
	Los límites del <i>ius puniendi</i> en un Estado de Derecho. El principio de legalidad	
	<i>Adoración Amigo Rodríguez</i> .....	235
	Alevosia frustrada. STS 790/2021, de 18 de octubre	
<b>II.</b>	<b>LEGISLACIÓN</b> .....	<b>246</b>
<b>1.</b>	<b>España</b> .....	<b>246</b>
	Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo. ....	246
<b>2.</b>	<b>Colombia</b> .....	<b>249</b>
	Ley 2168, de 22 de diciembre de 2021, por medio de la cual se modifica el Código Penal colombiano Ley 599 de 2000, adicionando unas circunstancias de agravación punitiva consagrado en el artículo 188-b, se modifica su parágrafo y se adicionan dos párrafos al citado artículo. ....	249
	Ley 2197, de 25 de enero de 2022, por medio de la cual se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones el congreso de Colombia.....	251
<b>III.</b>	<b>NOTICIAS DE LA FICP</b> .....	<b>299</b>
<b>1.</b>	<b>Congresos, seminarios y cursos</b> .....	<b>299</b>
	(i) III Congreso Internacional de la FICP .....	299
	(ii) Jornada en homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: un modelo integral de Derecho Penal .....	299

## 3. Estudios

### **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña**

Catedrático de Derecho Penal (emérito), Univ. de Alcalá, Madrid, España.  
Presidente de honor de la FICP.

#### **~Delitos omisivos impropios o de comisión por omisión\*~**

##### *Sumario:*

##### *I. Introducción. Delitos de omisión u omisivos y delitos de comisión o comisivos.*

1. La omisión (penalmente) típica. Forma especial de tipicidad. Incumplimiento de normas imperativas o preceptivas (imperativos o mandatos de actuación) especialmente esenciales.
2. Clases de omisión: propia e impropia. Delitos omisivos propios: de omisión propia o pura, y delitos omisivos impropios: de omisión impropia o de comisión por omisión (junto a los de comisión activa).
  - a) Distinción según la existencia de tipificación legal expresa (omisión propia) o inexistencia de tal tipificación legal expresa (omisión impropia).
  - b) Distinción correcta: omisión pura o propia y comisión por omisión según la naturaleza y finalidad de la norma infringida.

##### *II. Delitos de omisión u omisivos impropios: omisión impropia o comisión por omisión (junto a las modalidades de comisión activa). Introducción.*

---

\* El presente trabajo muy amplio sobre los delitos omisivos impropios o de omisión impropia o comisión por omisión es un anticipo de un libro sobre todos los delitos de omisión, que espero concluir pronto. Y recoge ahora *en versión ampliada a algunos temas más y actualizada*, y sobre todo **online y en abierto a todo el mundo en ForoFICP** –mientras que la versión inicial en Libertas 6 2017 solamente es accesible a los miembros de la FICP–, la exposición de todas las cuestiones esenciales de los delitos omisivos impropios que hice en mi amplio artículo de 2017, que cito más abajo. El presente trabajo va a aparecer, además de en ForoFICP 2022-1, excepcionalmente también en el n.º de Libertas 12 2022 por deseo expreso de su director, que lo considera especialmente importante. El examen de la doctrina es amplio, pero limitado a las cuestiones y opiniones que más me interesan y por tanto no es en absoluto exhaustivo. En cambio, se contiene una relación de bibliografía muy amplia, bastante más de lo habitual, y de muchos países (los más relevantes en la dogmática penal, salvo los de Europa del este y extremo Oriente, que no me son accesibles por razón del idioma), que puede ser de utilidad para futuros estudios monográficos que intenten profundizar en los temas. El examen de una buena parte de las cuestiones, aunque algo menos desarrollado, ya lo hice en mi estudio casi monográfico titulado: Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación, en Libt (Libertas) 6 2017 ([www.ficp.es](http://www.ficp.es)), 145-272; y en RDP (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni; Dir. E. Donna) 2017-2, 51-207, con cita completa de mis trabajos anteriores; lo cual antes había sido anticipado pero de modo bastante menos extenso en el capítulo 31 de la 3.ª edición de mi manual: LUZÓN PEÑA, Lecciones de DP, PG, 3.ª, Valencia, Tirant, 2016, la vers. española, y vers. para Iberoamérica: DP, PG, 3.ª, Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2016; citaré ambas como Lecc PG, 3.ª 2016, ya que son idénticos en ambos el contenido y la numeración de los nm. de cada cap. por los que se cita; y en su cap. 30/13-18 se anticipan ya algunas cuestiones tratadas ahora en el ap. I de este artículo). Posteriormente he ampliado el estudio de la autoría y de la posibilidad de omisión impropia sin posición de garante en mi artículo: Delitos omisivos impropios: posición de garante o no, autoría o participación y equivalencia, ForFICP 2021-3, 32 ss., que también se ha incorporado al presente estudio.

Este trabajo se ha elaborado dentro del proyecto de investigación RTI2018-101401-B-I00, financiado por la AEI del Minist. de Ciencia, y que dirijo como investigador principal junto con la Prof. Dra. R. Roso en la Univ. de Alcalá, Madrid. Los arts. sin indicación del texto legal corresponden al actual CP español de 1995.

1. Antecedentes y evolución de la teoría de la posición (o deber) de garante como fundamento de la comisión por omisión.
2. Compatibilidad de la comisión por omisión con el principio de legalidad: tipificación legal expresa o subsumibilidad en los tipos comisivos por equivalencia o cláusula general de equiparación o de equivalencia

### *III. Requisitos de los delitos omisivos impropios.*

1. Aplicabilidad o no de los requisitos y peculiaridades de la omisión propia.
2. ¿Causalidad o causalidad negativa en la comisión por omisión?
  - a) Posición negativa: imposibilidad de causalidad material entre una omisión y un resultado.
  - b) Posiciones afirmativas: antiguas; modernas: la causalidad negativa o hipotética por evitabilidad del resultado con la acción debida; la conexión conforme a leyes entre omisión y resultado.
  - c) Crítica de las posiciones afirmativas. Conclusión: no hay causalidad real, pero sí imputación objetiva (jurídica) del resultado.
3. Imputación objetiva (jurídica) del resultado sin causalidad desde la equivalencia valorativa con la causación activa.
  - a) Imputación objetiva de la conducta omisiva.
  - b) Imputación objetiva del resultado. La polémica sobre el grado de probabilidad o seguridad de que la acción debida y omitida impediría el resultado.
  - c) Valoración de los criterios al respecto y toma de posición.
  - d) La no imputación del resultado por insuficiente probabilidad de que la acción debida evitaría el resultado; consecuencias.
  - e) No imputación del resultado por producción del mismo por otra causa natural o humana.
4. Posición de garante o garantía y deber jurídico especial de garante.
5. Equivalencia (o, según los ordenamientos, correspondencia) con la causación activa o comisión activa: exigencia de la tipicidad aun sin consagración expresa en un precepto de la PG.
6. Requisitos peculiares de los supuestos de comisión por omisión expresamente previstos legalmente en la Parte especial.
7. Autoría y participación en comisión por omisión.
  - a) Posibilidad de distinción entre autoría y participación en la comisión por omisión. Su negación por los conceptos unitarios de autoría.
  - b) Criterios de distinción de la autoría en comisión por omisión de la simple participación: dominio del hecho y determinación objetiva del hecho; autoría por infracción de un deber especial.
    - 1) La aplicabilidad del criterio normal de la determinación objetiva y positiva del hecho (dominio del hecho con dolo) a la autoría en comisión por omisión; sólo participación de no concurrir el criterio.
    - 2) ¿La infracción de deber como criterio unitario de autoría?
    - 3) ¿Delito de infracción de deber en algún caso especial de comisión por omisión dolosa?; ¿en delitos imprudentes de comisión por omisión?
  - c) Formas de autoría en comisión por omisión. d) Participación activa en un delito omisivo impropio. Participación por omisión en un delito de comisión activa o de comisión por omisión.

### *IV. Posiciones de garante (deberes de garantía): exposición de las opiniones.*

1. ¿Posibilidad de comisión por omisión sin posición de garante?
2. Las diversas posiciones de garante propuestas por la doctrina. Análisis provisional. ¿Deberes especiales jurídicos o también ético-sociales?
3. La clasificación de fuentes formales de posición de garante o deber jurídico: ley, contrato, ingerencia, otras.
4. La distinción según la teoría material o de las funciones (ARMIN KAUFMANN y doc. dom. hoy): deber o función de protección de un bien jurídico y deber o función de control de una fuente de peligro. Los distintos supuestos.

- a) Posiciones de garante de protección de un bien jurídico frente a cualquier peligro.
  - 1) Deberes de protección por estrecha vinculación familiar o análoga.
  - 2) Deberes por participar en comunidad de peligro.
  - 3) Deberes por comunidad de vida o convivencia.
  - 4) Encargo contractual. Asunción voluntaria de función de protección. Transferencia de dicha función.
  - 5) Deberes de protección derivados de funciones orgánicas o del cargo.
- b) Posiciones de garante de supervisión, vigilancia o control de una fuente peligro (para algún o múltiples bienes jurídicos).
  - 1) Fuentes de peligro de origen no humano: objetos, procesos, instalaciones, máquinas, animales, fuerzas naturales.
  - 2) Actuar precedente peligroso o ingerencia.
  - 3) Deber de vigilar o controlar fuentes de peligro de origen humano para tercero o terceros o para la comunidad: actuaciones delictivas dolosas o imprudentes.
5. Distinción entre deberes por competencia institucional y deberes por (auto)organización (Jakobs).
6. Ventajas e inconvenientes de la teoría formal y de las teorías materiales. La delimitación de los auténticos deberes jurídicos de garantía mediante los criterios de la teoría formal.

*V. Equivalencia (o correspondencia) con la causación activa del resultado (comisión activa).*

A. Criterios no restrictivos de equivalencia o equiparación. Su favorecimiento por una regulación legal (StGB) que exige sólo “correspondencia” y permite atenuación.

1. La posibilidad de evitar el resultado (evitabilidad) con la acción debida; la causalidad negativa.
2. El criterio de ROXIN; otros.

B. Criterios restrictivos para la equivalencia.

1. El dominio sobre el fundamento, razón u origen del resultado: SCHÜNEMANN.
2. Aumento o creación del peligro o riesgo por la propia omisión, al descontrolar un peligro controlado en general o frente a un bien jurídico blindado; enjuiciamiento desde la perspectiva normativa, jurídica o socio-normativa: LUZÓN PEÑA.
  - a) Formulación inicial del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión desde la perspectiva socio-normativa.
  - b) Desarrollo en detalle del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión; y excepciones.
3. La retirada del compromiso o barrera de contención del peligro: SILVA.
4. Otros criterios restrictivos.
  - a) Criterio doble acumulativo: creación o aumento anterior de un peligro atribuible a su autor y actual dependencia del bien jurídico del control personal del causante del peligro.
  - b) Criterio alternativo: desestabilización del peligro con superación del riesgo permitido o no reducción de un riesgo excesivo al permitido.
    - 1) Primer criterio alternativo: la desestabilización de un foco de peligro provocando la superación del riesgo permitido.
    - 2) Segundo criterio alternativo: la no reducción de un riesgo excesivo al permitido.
    - 3) ¿Aplicabilidad de ambos criterios a los deberes de garante de protección de bienes jurídicos?

C. Recapitulación. Justificación del baremo de la creación o aumento del riesgo desde la perspectiva socio-normativa. Coincidencias y diferencias con otros criterios restrictivos.

1. Justificación como baremo para la equivalencia del criterio de la creación o aumento del peligro por la omisión misma.
2. Coincidencias y diferencias con otros criterios restrictivos.
  - a) Comparación con el criterio de SCHÜNEMANN del dominio sobre el fundamento u origen del resultado.
  - b) Comparación con el criterio de SILVA de la retirada del compromiso y barrera de contención.

*VI. Desarrollo en detalle del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión como forma de imputación objetiva del resultado a la omisión. Los casos normales: autoría por dominio o determinación objetiva del hecho; los de mera participación por omisión.*

1. La creación o aumento de un peligro o riesgo relevante (adecuación de la acción) como criterio general de imputación objetiva, también en los delitos de comisión activa.
2. Imputación del resultado sin causalidad material, natural, pero con situación jurídicamente equivalente a la causación mediante actividad.
3. La perspectiva normativa, jurídica o socio-normativa, como justificación de la afirmación de creación o aumento del riesgo por una omisión.
  - a) Descontrolamiento o desencadenamiento del peligro ante un control fáctico o ante un juicio normativo de seguridad de control por el garante.
  - b) Inexistencia de previo control por el garante.
  - c) Blindaje o protección segura de un bien jurídico como forma de control del peligro para el concreto bien jurídico frente a simple protección.
  - d) El control o protección seguros evitan que se recurra a otro posible control o protección.
  - e) Valoración desde normas jurídicas o normas sociales.
  - f) La base del juicio normativo de seguridad del control: el efectivo desempeño del mismo por la gran mayoría de garantes en esa situación.
  - g) Equiparación legal en la Parte especial de alguna omisión de garante a la comisión activa precisamente por falta de seguridad de que el garante cumpla su función.
  - h) Aplicación de algunos criterios adicionales para concretar el criterio aquí mantenido.
    - 1) En garantes de control: dominio o control real sobre el peligro.
    - 2) En garantes de protección: desvalimiento y vulnerabilidad total o blindaje. a') Vulnerabilidad o desvalimiento total del sujeto pasivo como base de la seguridad normativa en su protección. No comisión por omisión como regla si sólo hay desvalimiento parcial. b') Excepción: comisión por omisión pese a un desvalimiento sólo parcial si un protector específico ofrece un blindaje seguro y por ello se renuncia a otras posibles protecciones.
    - i) Al excluirse otros posibles controles o protecciones: ¿empeoramiento del riesgo por la existencia de un garante seguro o por el incumplimiento de su función?
4. Aplicación del criterio de equivalencia defendido (la omisión normativamente crea un peligro relevante o aumenta al descontrolarlo un peligro controlado) a los diversos supuestos de posiciones de garante en casos de autoría por dominio o determinación objetiva del hecho.
  - a) Posiciones de garante de control, supervisión o vigilancia de una fuente peligro (para algún o múltiples bienes jurídicos).
    - 1) Fuentes de peligro de origen no humano: objetos, procesos, instalaciones, máquinas, fuerzas naturales.
    - 2) Actuar precedente peligroso o ingerencia.
    - 3) Deber de vigilar o controlar fuentes de peligro de origen humano para tercero o terceros o para la comunidad: actuaciones delictivas dolosas o imprudentes.
  - b) Posiciones de garante de protección de un bien jurídico frente a cualquier peligro.
    - 1) Deberes por encargo contractual de una función de protección: con desvalimiento total o sólo parcial del sujeto pasivo; el blindaje o no del bien jurídico.
    - 2) Deberes por estrecha vinculación familiar o análoga.
    - 3) Deberes por participar en comunidad de peligro y deberes por comunidad de vida.
    - 4) Asunción voluntaria y transferencia de función de protección.
    - 5) Deberes de protección derivados de funciones orgánicas o del cargo.
5. Aplicación del criterio de equivalencia defendido en la participación por omisión.
  - a) Participación por omisión en un delito de comisión activa o de comisión por omisión: cooperación por omisión.
  - b) ¿Inducción por omisión?
6. Excepción: no aplicación del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo en algunos contados supuestos de delitos de infracción de deber dolosos o imprudentes.

VII. La existencia de una categoría intermedia: las omisiones propias de garante (que no lleguen a equivaler a la comisión activa). Soluciones de tratamiento punitivo superior a la omisión propia e inferior a la comisión por omisión.

1. Introducción.
2. Propuesta de SILVA: tipos omisivos puros de la PE agravados.
3. Solución del § 13. 2 StGB: aplicar la atenuación facultativa a la pena del delito de comisión activa a una omisión que se considera impropia.
4. Solución preferible: regulación en la PG y aplicar, por no ser comisión por omisión, una atenuación obligatoria a la pena del correlativo delito de comisión activa si no hubiera equivalencia.

## I. INTRODUCCIÓN. DELITOS DE OMISIÓN U OMISIVOS Y DELITOS DE COMISIÓN O COMISIVOS

### 1. La omisión (penalmente) típica. Forma especial de tipicidad. Incumplimiento de normas imperativas o preceptivas (imperativos o mandatos de actuación) especialmente esenciales<sup>1</sup>

En el campo del Derecho penal la omisión punible es una forma específica de conducta penalmente típica, concretamente una forma especial de tipicidad frente a la normal que es la de los delitos comisivos, que en su forma primaria son de comisión activa. La forma normal de tipicidad, la de los delitos comisivos, consiste en que esos tipos describen legalmente y conminan penalmente la realización de una determinada conducta que infringe una norma de determinación prohibitiva<sup>2</sup>, que prohíbe lesionar o poner en peligro (agredir o atacar en caso de dolo) un bien jurídico<sup>3</sup> importante. La

---

<sup>1</sup> Sobre esto ya en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 30/13-15.

<sup>2</sup> Ello puede suceder en la descripción típica de una conducta comisiva o de comisión, por una parte ciertamente describiendo una concreta actividad, productora de resultado o no (tipo de resultado con forma de acción descrita en el primer caso, tipo de pura o mera actividad en el segundo), pero también describiendo otro comportamiento puramente resultativo, de producción del resultado sin especificar la forma (activa u omisiva) de producirlo, o bien describiendo una conducta en sí misma sin producción de resultado diferente (delito de mera conducta), conducta que en el caso concreto pueda ser activa o también de no realizar un acto: v. más detalladamente *infra* I.2. b.

<sup>3</sup> Este criterio de caracterización de los delitos comisivos frente al incumplimiento de una norma de mandato o imperativo de actuar en los delitos omisivos, formulada ya por LUDEN, *Abhandlungen*, II, 1840, 219 ss. (destacándolo SILVA, *El delito de omisión*, 1986, 314; WEIGEND, LK, 12.ª 2006/07, § 13/16; MIR, PG, 10.ª 2015/16, 12/16), y que comparto con buena parte de la doc. (cfr. p. ej. SCHMITT, RUD., JZ 1959, 432 s.; WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª 1969, 202, 200; SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, 1974, 56 ss., 115 ss.; BAUMANN, AT, 8.ª 1977, 244, 240; ZAFFARONI, *Tratado PG*, III, 1981, 448; BAUMANN/WEBER, AT, 9.ª 1985, 236, 232; BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.ª 1987, 132 s.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2000], § 58 II.1; WEIGEND, LK, 12.ª 2006/07, § 13/16; MARINUCCI/DOLCINI, PG, 6.ª 2017, V/10.2; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.ª 2020, nm. 1154, 1153 (un criterio similar ya en MANZINI, *Tratado DP*, 1948, nm. 230 I: distinción por el carácter de la violación jurídica: el delito omisivo consiste en inobservancia de un deber, el comisivo en producción de un efecto antijurídico); en contra p. ej. SILVA, *El delito de omisión*, 1986, 321; MIR, PG, 10.ª 2015/16, 12/16), me parece mucho más exacto que otro criterio



especialidad de los tipos omisivos consiste en que describen y conminan penalmente la no realización de una determinada actuación obligatoria, exigida por un deber jurídicopenal en favor de algún bien jurídico claramente importante, es decir el incumplimiento de una norma de determinación imperativa o preceptiva, o sea de un imperativo o mandato de actuación especialmente trascendente y por eso dotado de sanción jurídicopenal. El *deber jurídico incumplido puede ser inicialmente extrapenal*, pero que por su especial relevancia se decide *reforzarlo además con sanción penal*, v.gr. en los delitos de desobediencia de funcionario o de particular (arts. 410, 556) a órdenes de la autoridad el deber procede inicialmente del Derecho constitucional y administrativo o del Derecho procesal en la desobediencia a órdenes judiciales, y también es inicialmente un deber jurídico-procesal el incumplido en la omisión de perseguir delitos o delincuentes por el funcionario obligado del art. 408, o en el abandono de familia o de menores por sus encargados de los arts. 226 ss. los deberes son inicialmente jurídicociviles, del Derecho de familia, o en la denegación de asistencia médico-sanitaria del art. 196 se incumplen deberes del Derecho administrativo sanitario; pero en otros supuestos el deber de actuación incumplido puede no estar previamente establecido por otras normas extrapenales, sino ser un *deber impuesto directamente por la norma penal*, como ocurre con la omisión de socorro del art. 195 o en la omisión por particulares de impedir delitos muy graves del art. 450.

En los casos en que haya una omisión impropia o comisión por omisión ciertamente que lo que en principio aparece como simplemente una omisión de cumplimiento de un deber, una infracción solamente de un imperativo o norma imperativa de efectuar una determinada actuación (infracción o incumplimiento que generalmente ni siquiera será un ilícito penal), realmente acaba infringiendo una norma prohibitiva de causar resultados y lesionar bienes jurídicos, lo que generalmente absorbe o consume el desvalor de la inicial omisión pura, y por eso se trata de delitos impropios de omisión, porque materialmente constituyen delitos comisivos<sup>4</sup>. Pero lo que de entrada concurre es el incumplimiento de

---

usado bastante habitualmente según el cual el delito comisivo (en alemán *Begehungsdelikt*) consiste en un acto o actividad concreta, en un “hacer positivo” (así p. ej. SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/EISELE, StGB, 29.<sup>a</sup> 2014, antes del § 13/128; FISCHER, StGB, 69.<sup>a</sup> 2022, antes del § 13/16); pues si así fuera, quedaría excluida de antemano la posibilidad de comisión por (mediante) omisión. Otra cosa es que ciertamente la actividad positiva, mediante movimientos, es la forma más normal, y por eso la primera en que se piensa, de realizar un delito comisivo, es decir, de infringir una prohibición de lesionar o poner en peligro, o sea de agredir o atacar en caso de dolo, algún bien jurídico.

<sup>4</sup> Así ya en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.<sup>a</sup> 2016, 30/14. Como acabo de advertir en el texto, la inicial



un mandato o norma imperativa, que establece un deber de actuación (normalmente no general, sino especial, un deber de garante); y por eso es una comisión *por omisión*.

Los tipos omisivos coinciden con los comisivos en que en ambos la conducta está sancionada penalmente. Pero el incumplimiento de una norma imperativa o preceptiva es menos importante, incluso considerablemente menos grave que la vulneración de una norma prohibitiva, que limita o restringe mucho menos la libertad del ciudadano, porque ésta sólo impide una actuación concreta, la prohibida, y por ello es mucho más fácil para el ciudadano no infringirla, puesto que puede realizar otras innumerables actividades distintas o incluso le basta con no hacer nada, mientras que la norma imperativa o mandato implica una limitación o restricción más fuerte de la libertad del ciudadano al imponerle el deber de realizar precisamente una actuación y vetarle efectuar todas las demás acciones que no le permitan realizar la ordenada<sup>5</sup>; y además la conducta comisiva que infringe la norma prohibitiva lesiona o pone en peligro, o sea ataca directamente a un bien jurídico que estaba en situación segura, mientras que la omisión simplemente no favorece o fomenta un bien jurídico, pero no lo ataca ni menoscaba directamente. Por eso se suele afirmar que la omisión supone menor energía criminal que la comisión activa. Pues bien, por estas razones los delitos omisivos son excepcionales en comparación con

---

infracción o incumplimiento de un deber emanado de una norma imperativa de actuación en la mayoría de los casos ni siquiera será un ilícito penal, sino un simple ilícito extrapenal, de incumplimiento de normas y deberes civiles, administrativos, laborales etc. (o incluso de normas y deberes éticos, no jurídicos, para una posición que no se puede compartir: v. *infra* IV.3) dirigidos a garantes, a obligados especiales; en tal caso, ese ilícito extrapenal puede generar o no una responsabilidad extrapenal por incumplimiento del imperativo de actuación, pero por supuesto no añade desvalor penal (en el grado de ilícito o injusto penal) al delito de comisión por omisión que finalmente se produce, cuyo desvalor como en todo delito comisivo viene dado precisa y únicamente por infringir una norma prohibitiva penal de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos. Y sólo excepcionalmente esa inicial infracción de un deber y una norma imperativa de actuar constituirá en principio un ilícito penal por encajar en alguna de las pocas figuras legales que tipifican expresamente un delito omisivo propio o puro, común para todos los ciudadanos como la omisión de socorro o la de impedir ciertos delitos graves (susceptibles de cometerse en ocasiones también por garantes), o un delito de omisión pura o propia pero delito especial limitado a algunos sujetos obligados específicamente, como p.ej. en algunos delitos de infracción de deberes especiales de funcionarios o administradores o empresarios. En estos supuestos minoritarios la gravedad del delito final omisivo impropio o de comisión por omisión tampoco se ve para nada incrementada en sí misma por la inicial incumplimiento de una norma penal imperativa, ya que el desvalor y grado de ilícito o injusto del delito comisivo por omisión radica precisamente en la infracción de la norma prohibitiva de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos; lo único que habrá en una cuestión concursal: de posible concurso entre el inicial delito omisivo propio y el final delito comisivo por omisión, y será la interpretación teleológica-axiológica del correspondiente y más grave delito comisivo (realizado en autoría o en cooperación) la que decidirá si éste por su mayor gravedad absorbe o consume ya todo el desvalor del inicial delito de omisión propia, es decir si hay un concurso de leyes o aparente, que será lo más frecuente, o si –supuesto más infrecuente– la especificidad del inicial delito omisivo, p. ej. en un círculo limitado de obligados como ciertos funcionarios, implica un desvalor adicional que no es abarcado por el delito final de comisión por omisión, en cuyo caso habrá concurso de delitos, normalmente ideal.

<sup>5</sup> Esto es ampliamente destacado por la doctrina: cfr. p. ej. por muchos PELISSERO, en Grosso/Pelissero/Petrini/Pisa, PG, 2.ª 2017, 207.

los comisivos, cuando se crean tienen penas menores que delitos comisivos que afecten a los mismos o similares bienes jurídicos, y en todo caso de entre las omisiones con relevancia jurídica la ley penal selecciona como delitos el incumplimiento de deberes y de normas que le parecen especialmente importantes, esenciales, para asegurar el buen funcionamiento de ciertos bienes jurídicos personales o colectivos especialmente importantes; es decir la ley penal es mucho más restrictiva en la tipificación de delitos omisivos que en la de delitos de comisión activa.

Cuando en los delitos comisivos se habla de la forma normal como delitos de “**comisión activa**”, como he hecho y hace la doc. absolutamente dom. frente a la comisión omisiva o comisión por omisión, no se está usando el término “activa” como forma de conducta subyacente consistente en cualquier actividad o movimientos del sujeto, aunque sea valorativamente neutra y no lesiva, porque esa actividad o movimientos corporales en sí mismos no malos que, eso sí son distintos de la actividad debida, se produce también en vez de total pasividad o inmovilidad en la gran mayoría de supuestos de omisión, propia o impropia<sup>6</sup>. Con el término “comisión activa” lo que se está indicando es que esa forma de realizar un delito *comisivo* o de *comisión*, es decir de *infracción de una prohibición de lesionar o poner en peligro* un bien jurídico (v. a continuación I.2), se hace **mediante actividades** –o sea movimientos o actos positivos– **que son directamente lesivas o peligrosas** para algún bien jurídico y por tanto infrigen directamente dicha

---

<sup>6</sup> Así lo hemos destacado parte de la doctrina: Ya BELING, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, 16 s., señalaba que tanto la inactividad como incluso la actividad como formas de conducta pueden contemplarse en el campo del tipo como omisión de algo (cfr. destacándolo SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 1986, 25; CEREZO, Curso II, 6.ª 1998, 39 n. 53; Curso III, 2001, 255 s. n. 19; PG, 2008, 976 n. 19, 334 n.53; LACRUZ, Comportamiento omisivo, 2004, 96). Tb. ENGISCH, FS-Gallas, 1973, 174, destacaba como “patrimonio general de la dogmática jurídicopenal... que el hecho de que el omitente no hace algo determinado es compatible con el hecho de que él al mismo tiempo hace algo distinto” poniendo como ej. que el guardabarreras, que no baja la barrera, trabaja en ese momento en su jardín; lo comparte ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/90. Subraya con especial énfasis y reiteradamente que en la mayoría de las omisiones la conducta realizada es una acción positiva MIR, PG, 10.ª 2015/16 (ya en las eds. anteriores), 7/33, 12/2; igual LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1.ª 1996, 269 ss.; PG, 3ª 2016, 10/51, 30/4 y 10; CEREZO, Curso III, 2001, 256 n. 19; Curso II, 6.ª 1998, 39 n. 53; PG, 2008, 976 n. 19, 334 n.53; LACRUZ, Comportamiento omisivo, 2004, 128 ss., 412 s.; ROSO, LH-Roxin, Lima, 2018, 241 s. n.1, 242 ss.; LLP 146 2020, 1 s., 3 ss. Yendo a un extremo exagerado, algunos hablan incluso de que en toda omisión subyace una conducta o acción positiva distinta de la debida: así KOLLMANN, Die Stellung des Handlungsbegriffs, 1908, 158 ss., 164; FS-v. Liszt, 1911, 128 (aunque en esta misma p. dice que la conducta realizada puede ser de cualquier clase; es decir positiva, pero también pasiva); RÖDIG, Die Denkform, 1969, 82 s.; HAFFKE, ZStW 87 1975, 52 s.; SILVA, El delito de omisión, 1986, 76 s., 165, passim, que llega a decir incluso (165) que “en la base del juicio de imputación omisiva se hallan siempre acciones”; similar BACIGALUPO, Delitos impropios de omisión, 1970, 2.ª 1983, 75 ss.; Principios, 5.ª 1998, 389; en los delitos de omisión se sanciona la realización de una acción que no es la ordenada por el derecho, 390: el que omite cumplir un mandato de acción a la vez realiza otro comportamiento. Frente a esto con razón CEREZO, Curso III, 2001, 256 n. 19; Curso II, 6.ª 1998, 39 n. 53; PG, 2008, 976 n. 19, 334 n.53: la omisión no supone necesariamente, pero tampoco excluye, la pasividad.

prohibición<sup>7</sup>.

## 2. Clases de omisión<sup>8</sup> : propia e impropia. Delitos omisivos propios: de omisión propia o pura, y delitos omisivos impropios: de omisión impropia o de comisión por omisión<sup>9</sup> (junto a los de comisión activa)

### a) *Distinción según la existencia de tipificación legal expresa (omisión propia) o inexistencia de tal tipificación legal expresa (omisión impropia)*

---

<sup>7</sup> Por ello no puedo compartir la terminología de “comisión comisiva” para denominar a los delitos de comisión activa que propone ROSO, LH-Roxin (Lima), 2018, 240 ss.; LLP 146 2020, 14 ss., argumentando que en la mayoría de omisiones en el caso real el sujeto realiza una conducta activa y por tanto en tales supuestos esas omisiones serán también delitos de comisión activa: LH-Roxin, Lima, 2018, 241 s. n.1, 242 ss.; LLP 146 2020, 1 s., 3 ss. Ello no es así, pues en primer lugar no se puede denominar “comisión” a la realización de toda omisión, ya que ésta es solamente la infracción de una norma imperativa, que impone un deber de una actuación valiosa, mientras que “comisión” según el significado comúnmente aceptado es algo más grave: la infracción de una prohibición (esto lo admite ROSO, LH-Roxin, 2018, n. 1, 241, pero sólo para el adjetivo “comisivo”, no para cometer y comisión, que usa como sinónimos de realizar cualquier delito), de una prohibición de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, y ello desde luego no concurre en la omisión propia. Y en segundo lugar, porque no se puede considerar “comisión activa” la realización de una simple omisión por mucho que en el caso concreto tal incumplimiento de un deber se realice mediante una actividad distinta de la debida, puesto que lo que se realiza es una actividad en sí misma neutra, y no la actividad que, como acabo de indicar, sí caracteriza a la comisión activa, o sea, una actividad en sí misma precisamente lesiva o peligrosa para un bien jurídico y por ello infractora de la prohibición de tal actuación.

<sup>8</sup> Cfr ya LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 30/16-18.

<sup>9</sup> En cuanto a terminología, hay que señalar que, así como en la doctrina de habla española se utiliza indistintamente como sinónimos los términos delitos de omisión impropia, omisivos impropios o de comisión por omisión frente a los delitos de omisión propia o pura u omisivos propios (e igual en la italiana: p. ej. FIANDACA, Il reato commissivo mediante omissione, 1979; FIANDACA/MUSCO, PG, 7.ª 2014, 619: “delitos omisivos impropios (o impuros) o bien –como también se dice- comisivos mediante omisión”; igual FIORE/FIORE, PG, 5.ª 2016, 253 s.; MARINUCCI/DOLCINI, PG, 6.ª 2017, VI/10.1.1), en cambio, la doctrina alemana, que había elaborado y utilizado en el siglo XIX y al menos primer tercio del siglo XX esos mismos términos: *unechte Unterlassung*, *unechte Unterlassungsdelikte* (significando *unechte* impropia/os, no genuina/os) como equivalentes a *Begehung durch Unterlassung*, es decir comisión por –mediante– omisión (frente a los *echte Unterlassungsdelikte*: delitos de omisión u omisivos propios o genuinos), sin embargo a lo largo del siglo XX ha ido dejando de utilizar el término comisión por omisión por considerarlo inadecuado (cfr. en detalles SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 1986, 311 ss., 317 s., que en 317 n. 158 bis cita como último en utilizar comisión por omisión a NAGLER, GS 111 1938; pero hay algunas excepciones aún en época moderna, como p.ej. NITZE, Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), 1989, GÜNTGE, Begehen durch Unterlassen, 1995, o PERDOMO, FS-Jakobs, 2007, 497 ss., invocando éstos la rúbrica legal comisión por omisión del § 13; y sin esa invocación al término legal, HONIG, FS-Schaffstein, 1975, 89 ss.; o SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª, 2014, antes del § 13/134, que utilizan como sinónimos delitos de omisión impropios y “delitos comisivos por omisión”). Ello pese a que su precepto legal regulador de la omisión impropia, el § 13 StGB, introducido en la reorma de 1969 y que sigue vigente, reza precisamente “comisión por omisión”: “*Begehen durch Unterlassen*” (literalmente “cometer por omitir”, porque la terminología alemana de la segunda mitad del siglo pasado ha preferido utilizar más los infinitivos sustantivados *Begehen* y *Unterlassen* que los sustantivos *Begehung* y *Unterlassung*), y exactamente igual reza el § 8 de la OWiG. Frente a esto, sigo considerando preferible no prescindir de la terminología “comisión por omisión”, no sólo por ser la tradicional, arraigada y extendidísima en doc. y jurisprudencia de habla hispana (razón por la que, junto con alguna otra, pese a cierta reserva inicial SILVA, cit., 1986, 318 s., acaba prefiriendo mantenerla), sino también precisamente porque indica que la omisión impropia no es

Un sector, que inició ARMIN KAUFMANN (1959), pretende establecer la distinción entre delitos omisivos propios e impropios o entre omisión propia e impropia según que haya o no una tipificación expresa de una conducta omisiva en la ley: si existe una figura legal que expresamente describe un incumplimiento de un deber, o sea, una omisión, será una omisión propia, tanto si es un delito de pura conducta omisiva como si se describe una omisión o incumplimiento de deber que produce un resultado lesivo (o sea un delito específico de comisión por omisión); mientras que según este criterio será una omisión impropia o delito omisivo impropio sólo cuando no hay un tipo omisivo específicamente tipificado en la Parte especial<sup>10</sup>, sino que una determinada omisión se puede subsumir en un tipo comisivo normal (pensado en principio para la comisión activa) de la Parte especial. Esta forma de clasificación no parece conveniente en absoluto.

Fundamentalmente porque **lo que cuenta no es la cuestión formal de si hay o no una tipificación expresa, sino el sentido material de la infracción de la norma vulnerada**. Es verdad que las omisiones propias o puras tienen que estar expresamente tipificadas en un precepto legal que establezca un deber penal de actuación para favorecer un bien jurídico –no para prohibir lesionarlo–, porque de lo contrario no encajarían en ninguno de los tipos normales, los comisivos. Pero si la omisión de un deber tiene el significado adicional de infringir una prohibición de actuar lesionando un bien jurídico (normalmente produciendo un resultado) o poniendo en peligro un bien jurídico, entonces no es una simple omisión pura, sino una comisión por omisión equivalente a la comisión activa, por mucho que ya haya sido prevista expresamente en un tipo de la parte especial y equiparada en el mismo a las formas de comisión activa y por ello penada igual que las mismas. En ese caso la propia ley establece la equivalencia de esa modalidad inicial y morfológicamente omisiva con las figuras de comisión activa<sup>11</sup>.

---

algo más amplio y laxo que la comisión –como sí cree la doc. dom. alemana, y seguramente por eso evita actualmente el término–, ya que justamente ha de ser un delito comisivo, de comisión, esto es de infracción de una norma prohibitiva de lesionar (generalmente de producir un resultado lesivo), exactamente equivalente a la comisión activa (causación activa en los delitos de resultado).

<sup>10</sup> Así ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, 206 ss.; JuS 1961, 174; WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª 1969, 202 s.; BACIGALUPO, *Delitos impropios*, 1970, 1 ss.; STRATENWERTH, AT 2.ª/3.ª 1976/1981, nm.980, 986; 4.ª 2000, § 13/8, 12 s.; NOVOA MONREAL, *Fundamentos de los delitos de omisión*, 1984, 45 s., 214; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT 2, 7.ª 1989 [PG 2, 1995] § 45/38; JAKOBS, AT 2.ª 1991 [PG, 1997], 28/9; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, antes del § 13/137.

<sup>11</sup> Argumentando así ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/25: el carácter impropio de una omisión “radica en la equiparación con los delitos comisivos, que la mayoría de las veces se verifica a través del § 13, pero también puede efectuarse ya en el correspondiente tipo de la parte especial”.

**b) *Distinción correcta: omisión pura o propia y comisión por omisión según la naturaleza y finalidad de la norma infringida***

El delito omisivo puede consistir en **omisión propia o pura**, en la que en un precepto legal expreso se tipifica *exclusivamente el incumplimiento de un deber de realizar una determinada acción impuesto por una norma penal imperativa que ordena una actividad positiva de apoyo a un bien jurídico*, incumplimiento que, sin tener que suponer lesión o peligro para un bien jurídico, implica que no le presta el necesario apoyo o auxilio<sup>12</sup>, y en el que es irrelevante si se produce o no un resultado; o bien en **omisión impropia o comisión por omisión**, en la que *mediante el incumplimiento de un deber de actuación positiva realmente se realiza un delito comisivo infringiendo una norma penal prohibitiva de lesionar o poner en peligro (atacar o agredir si hay dolo) un bien jurídico*<sup>13</sup>, o sea, *prohibitiva de determinadas conductas* que produzcan resultados indeseados o prohibitiva de conductas sin resultado separado y distinto pero *lesivas o peligrosas para un bien jurídico*. Los supuestos de omisión impropia llevan aparejadas las penas del correspondiente delito comisivo, claramente superiores, a veces como en el homicidio, lesiones graves, estragos o incendios muy superiores a las previstas para las omisiones propias, que son menos graves porque no vulneran la prohibición de lesionar o poner en peligro (de agredir en caso de dolo) a un bien jurídico en estado pacífico como sí hacen los delitos comisivos.

1) En la gran mayoría de los casos en que no se ha producido tipificación expresa en la parte especial equiparando una modalidad omisiva a la modalidad activa, la cuestión, especialmente difícil y polémica por las dudas que suscita la interpretación, es determinar cuándo y en virtud de qué criterios una omisión de un deber de actuación puede subsumirse sin embargo en un tipo comisivo, y *normalmente en un tipo puro de resultado lesivo o puramente resultativo*, igual que es sin duda subsumible la comisión activa del mismo: si basta para ello, es decir para la comisión por omisión, que se pueda simplemente imputar dicho resultado lesivo a esa omisión por no ser el incumplimiento

---

<sup>12</sup> Cfr ya LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 30/20-22.

<sup>13</sup> Esta caracterización de la omisión impropia o comisión por omisión frente a la omisión pura o propia se basa en la aplicación a los delitos omisivos impropios, por ser *comisión por omisión*, del criterio general que muchos defendemos (v. *supra* n. 3) para caracterizar a los delitos comisivos frente a los omisivos. En cambio, en la doc. mayoritaria que considera que en los delitos omisivos impropios se imputa al garante, al obligado especial, un resultado que estrictamente no ha producido, es frecuente no decir que esos delitos omisivos impropios infringen una prohibición de lesionar o producir un resultado lesivo, sino que infringen un mandato de evitar o impedir la producción de un resultado lesivo: así p. ej., entre muchos, CEREZO, Curso III, 2001, 255; PG, III, 2008, 976; MIR, PG, 10.ª 2015/16, 12/16.

de un deber general, sino de un deber específico de evitar ese resultado, que se impone a una persona en situación especial, la posición de garante, o si por el contrario hace falta algún requisito esencial (normalmente adicional al deber de garante<sup>14</sup>), y cuál es ese requisito, para que se pueda afirmar que tal omisión corresponde o, aún más, valorativamente equivale exactamente a la causación activa del resultado lesivo y por ello en una interpretación teleológico-valorativa quepa sostener que materialmente es la infracción de la prohibición de producir esa lesión del bien jurídico y por ello es subsumible en el correspondiente tipo comisivo. A esta cuestión se dedicará la mayor parte de los apartados siguientes: II, III.5., V-VII.

2) Pero incluso habrá comisión por omisión en *tipos* previstos expresamente en la parte especial *que por su redacción permitan la subsunción dentro de la conducta típica de una modalidad omisiva con o incluso sin posición de garante* o deber especial de garante pero que materialmente produce una situación –a veces de resultado– lesiva o de peligro para un bien jurídico, aunque la ley no mencione expresamente como equiparadas a la modalidad activa y la omisiva, pero esa es una cuestión meramente formal porque materialmente encajan ambas modalidades y están por tanto equiparadas<sup>15</sup>. Así sucede p. ej. en la conducta de las injurias (acción o expresión lesiva de la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, según la actual descripción del art. 208), donde parece subsumible la omisión o no devolución pública del saludo socialmente esperado en condiciones que la hagan afrentosa; en la posible subsunción del ocultar información totalmente esperada en el “engaño” requerido para la estafa del art. 248 o para la alteración de precios del mercado del art. 284, 1.º; en la posibilidad de subsumir en las conductas típicas de la tortura del art. 174 (autoridad o funcionario que por determinados y frente a una persona en su poder la “sometiere a condiciones o procedimientos que, por su naturaleza duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, ... o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral”), o en otras formas de, sin aquellos fines, atentar contra la integridad

---

<sup>14</sup> Aunque la exigencia de deber especial de garante para la omisión impropia es mayoritaria, y recogida incluso por preceptos legales de la PG como el art. 11 CP esp. o § 13 StGB alem., no obstante puede discutirse si es siempre requisito imprescindible o puede haber supuestos de comisión por omisión sin posición de garante, como creo: v. *supra* I.2. b 2) e *infra* III.4., IV.1.

<sup>15</sup> En el mismo sentido ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/25: “Lo mismo vale para aquellas omisiones que sin ser expresamente nombradas están contenidas en la descripción del comportamiento activo, como sucede en los delitos de traición a una parte en el proceso o de prevaricación mediante omisión”.



moral del art. 175, no sólo las agresiones activas sino también el incumplimiento de deberes mínimos en el trato al detenido o preso, como no proporcionarle la higiene o la alimentación mínimamente suficiente<sup>16</sup>; o en el abandono de un menor o persona especialmente discapacitada por el encargado de su guarda o por los padres tutores o guardadores legales, que en principio es un delito de mera conducta del art. 229.1 y 2 en donde encaja tanto el abandono activo de dejar solo en la calle o el exterior al menor o discapacitado como el abandono omisivo de tenerlo desatendido en el domicilio, pero en el que la modalidad omisiva sin duda se convierte en un delito omisivo impropio o de comisión por omisión por producir un resultado de peligro concreto o incluso de lesión para bienes jurídicos esenciales del abandonado en el art. 229.3 cuando impone prisión de 2 a 4 años “cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o persona discapacitada necesitada de especial protección, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave”, es decir si se llegara a la lesión de dichos bienes jurídicos.

3) Como he apuntado antes (I.2. a), la omisión impropia se puede producir también en los casos en que ya *un tipo legal en la Parte Especial hace la equiparación expresa de una modalidad omisiva* –o sea, de algo que en principio y morfológicamente parece sólo incumplimiento de un imperativo de actuar en sentido positivo– *con la comisión activa*<sup>17</sup>, por entender que ambas modalidades infringen por igual la prohibición de lesionar o poner en peligro (de realizar, en caso de dolo, una agresión contra) un bien jurídico. Y ahí la ley resuelve ya de entrada posibles dudas de interpretación, evitando tener que interpretar en los tipos puros de resultado si conforme al art. 11 equivalen a la causación activa (o a veces, en otra clase de tipos, salvando dificultades interpretativas para la subsunción de una forma omisiva en una redacción típica de actividades concretas

---

<sup>16</sup> En estos supuestos de lo que se trata es de si la conducta omisiva de deberes (de saludar o devolver el saludo, de dar información sobre la situación patrimonial o económica, de proporcionar higiene o alimentación suficiente al preso o detenido) es subsumible o no en las modalidades de conductas delictivas descritas por el tipo correspondiente –de mera conducta o de resultado, pero con modalidades de conducta o ejecución legalmente descritas, no un delito puro de resultado–. Y para ello es decisiva la interpretación (con todos sus métodos) en los respectivos tipos de la PE de los términos legalmente usados para describir las modalidades de conductas típicas, siendo particularmente importante el uso del método axiológico y teleológico para decidir si una conducta omisiva de un deber de actuación es valorativamente equivalente a las conductas activas claramente subsumibles en el término legal; en casos especialmente dudosos puede ser de gran utilidad la traslación de los criterios restrictivos de equivalencia elaborados para decidir cuándo se produce ésta a efectos de comisión omisiva de un delito puro de resultado: v. en detalles *infra* V.B (espec. B.2.), VI.1.-4.

<sup>17</sup> Igualmente lo destaca ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/25: cfr. sus palabras *supra* en n. 11.



o conductas concretas) y si por tanto constituyen modalidades de omisión impropia o comisión por omisión. Por ello son indiscutiblemente comisión por omisión p.ej. el allanamiento de morada pasivo del extraño inicialmente admitido pero luego requerido a marcharse que no lo hace, por estar equiparado en el art. 202 al allanamiento activo o entrada indebida dado que ambos lesionan por igual la intimidad domiciliaria y el derecho de disposición de la morada del titular de la misma; o p. ej. la conducta de la autoridad o funcionario que faltando a los deberes de su cargo permite que otros torturen o atenten contra la integridad moral de personas bajo su poder, que el art. 176 equipara en pena a las conductas activas de tortura o atentado a la integridad moral realizadas por esas autoridades o funcionarios<sup>18</sup>, porque la ley entiende que ambas formas lesionan por igual la dignidad e integridad moral (y en la tortura también la libertad) del agredido.

## **II. DELITOS DE OMISIÓN U OMISIVOS IMPROPIOS: OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN (JUNTO A LAS MODALIDADES DE COMISIÓN ACTIVA). INTRODUCCIÓN**

### **1. Antecedentes y evolución de la teoría de la posición (o deber) de garante como fundamento de la comisión por omisión<sup>19</sup>**

FEUERBACH<sup>20</sup> (1812 y en eds. posteriores), sin hablar aún de posiciones de garante, exigía una especial causa jurídica (ley o contrato) para fundamentar el carácter delictivo de la omisión; y STÜBEL (1828) añadió el actuar precedente (que pone a otro en tal situación que sin auxilio moriría) como tercera causa para que una omisión pudiera hacer al sujeto responsable de un homicidio<sup>21</sup>. Y así LUDEN (1840) distingue ya entre “delitos

---

<sup>18</sup> ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/25, destaca también cómo ocurre eso en el § 225 n.º 4 I StGB, que coloca al mismo nivel y castiga igual la tortura, el maltrato brutal y el abandono o descuido malicioso que daña la salud de personas encomendadas a su protección, entendiéndose que esta forma omisiva también constituye maltrato; igualmente SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, § 13/1a.

<sup>19</sup> Cfr. sobre los inicios históricos de la aceptación de una omisión impropia o comisión por omisión CLEMENS, *Die Unterlassungsdelikte*, 1912, *passim*; SCHWARZ, *Die Unterscheidung*, 1967, 17 ss.; WELP, *Vorangegangenes Tun*, 1968, 26 ss.; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 48 ss., 6 ss. = *Fundamento y límites*, 2009, 79 ss., 38 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, 314 ss. Sobre los inicios en el supuesto de ingerencia o actuar precedente peligroso cfr. v. GELDER, *Die Entwicklung*, 1967, 35 ss.; DOPICO, *Omisión e ingerencia*, 2006, 37 ss.

<sup>20</sup> *Lehrbuch*, 1.ª, 1812; 14.ª 1847, 24.

<sup>21</sup> Así STÜBEL, *Über die Teilnahme*, 1828, 60 s. La doc. dom. lo considera por ello como quien introdujo el criterio de la actuación precedente peligrosa o ingerencia: cfr. amplísima cita en DOPICO, *Omisión e ingerencia*, 2006, 37 (y n. 1) ss. Sin embargo, WELP, *Vorangegangenes Tun*, 1968, 29 s., considera contra la doc. dom. que hubo precedentes antes de STÜBEL y cita un informe de la Fac. de Derecho al comienzo del s. XIX y a OERSTED, *Abhandlungen*, I, 1818, 313; siguiendo a Welp, DOPICO, *cit.*, 2006, 41 s., y cita más antecedentes en el Derecho romano de daños, pero en 44 s. reconoce que STÜBEL es el primer jurista en tratar expresamente la ingerencia en sede de delitos de omisión.

de omisión en sentido propio” y “delitos que son cometidos por acciones de omisión”<sup>22</sup>, o sea, delitos de comisión por omisión o de omisión en sentido impropio.

Es bastante después, en 1938 cuando NAGLER acuña por primera vez el término “posición de garante” o “deber de garante”<sup>23</sup> para referirse a los deberes especiales de actuación para determinadas personas o en determinadas situaciones garantizando la no producción de una lesión, llamados por ello también deberes de garantía o de garante. Y la doctrina penal alemana mayoritaria ha defendido que si ante un peligro de producirse por causas ajenas naturales o humanas un resultado lesivo como muerte, lesiones, incendio, daños etc. existe, no un deber ético o jurídico general de auxilio, sino un deber especial de evitación de ese resultado, o sea un deber de garantía derivado de una posición de garante, cuando éste omita impedir el resultado responderá no de una omisión propia, sino que se le imputará el resultado, responderá del mismo en comisión por omisión, dolosa o en su caso imprudente.

## **2. Compatibilidad de la comisión por omisión con el principio de legalidad: tipificación legal expresa o subsumibilidad en los tipos comisivos por equivalencia o cláusula general de equiparación o de equivalencia**

En muchos países parte de la doctrina ha aceptado esa concepción de la dogmática alemana mayoritaria, pero otra parte ha sostenido que ello vulneraba el principio de

---

<sup>22</sup> LUDEN, *Abhandlungen*, II, 1840, 219 ss.: “*Unterlassungsdelikte im eigentlichen Sinne*” (Delitos de omisión en sentido propio) y “*Verbrechen welche durch Unterlassungshandlungen begangen werden*” (Crímenes que son cometidos mediante acciones de omisión). La doc. suele reconocer a LUDEN como el primero en formular la distinción entre omisión propia e impropia o comisión por omisión en la teoría del delito (aunque algunos citan otros antecedentes): así p.ej. CLEMENS, *Die Unterlassungsdelikte*, 1912, 15; BINDING, *Die Normen*, II-1.ª parte, 2.ª 1914, 521 n. 7; KRAUSE, *Entwicklung und Wandel*, 1965, 93; SCHWARZ, *Die Unterscheidung*, 1967, 18; JESCHECK, AT, 1.ª 1969 a 4.ª 1988/ PG, 1981, § 58 III.1; SILVA, *El delito de omisión*, 1986, 314; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996/PG 5.ª 2002, §§ 58 III.1.

<sup>23</sup> NAGLER, GS 111, 1938, 1 ss., 59 ss.: *Garantenstellung* (posición de garante), *Garantenpflicht* (deber de garante). Aunque no se suele recordar hoy, NAGLER, aparte de acuñar el término posición de garante, lo defiende dentro de una concepción de la comisión por omisión propia del enfoque del Derecho penal nazi, desvinculada de la necesidad de tener que buscar base legal a los deberes de actuación y a la comisión por omisión (pp. 42 s.), y así como en general en ese Derecho penal conformidad y contrariedad a Derecho se determinan según el ‘sano sentimiento del pueblo’ y se desvinculan del principio *nullum crimen de Feuerbach* (40), expone que por ello ese “nuevo pensamiento jurídico ha tenido su ingreso oficial en la jurisprudencia del RG sobre las comisiones por omisión: gracias a la ‘eticación’ [coloración ética] de la administración de Justicia los tribunales ya no dependen del enmascaramiento mediante cualesquiera preceptos legales trabajosamente buscados y traídos a colación ... sino que ahora el supremo tribunal puede declararse franca y libremente a favor de la vinculación éticosocial” (42 s.). Así lo destaca SEEBODE, FS-Spendel, 1992, 331 s. Ello sin embargo es independiente del acierto de haber ideado el término “posición o deber de garante” y del absoluto éxito que ha tenido la terminología. Anteriormente había hablado simplemente del garante, responsable de la evitación del resultado, sin tener mayor seguimiento, BINDING, *Die Normen*, II-1, 2.ª 1914, 553 ss.

legalidad penal, unos afirmando que eso ocurre en todo caso, otros haciendo la salvedad de que excepcionalmente el sentido del tipo resultativo permita decir que tal omisión es subsumible, encaja en la realización del tipo<sup>24</sup>.

Pues bien, antes de que se introdujeran en la parte general de diversos CP a partir de los años 60-70 preceptos generales reguladores de la omisión impropia, no era correcta la afirmación con carácter general de que admitir la comisión por omisión vulneraría el principio de legalidad criminal, pues algunos supuestos de comisión por omisión, como el caso paradigmático de la madre que no alimenta al bebé recién nacido y le produce así la muerte por inanición, sí que son subsumibles sin duda en la descripción legal del correspondiente tipo comisivo y por tanto en ellos no se está infringiendo el *nullum crimen*<sup>25</sup>. Pero sí era correcta frente a la posición de la dogmática alemana mayoritaria

---

<sup>24</sup> Para una exposición de las posiciones cfr. en la doc. alemana p.ej. SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 56 ss., 61 ss., 255 ss.; Fundamento y límites, 2009, 87 ss., 93 ss., 301 ss.; ROXIN, AT II, 2003 [PG, 2014], § 31/31 ss. En la doc en lengua española, han negado la compatibilidad de la comisión por omisión con el principio de legalidad y con la exigencia de que la acción esté penada por la ley SILVELA, DP, II, 1879, 128; 2.ª 1908, 108 s.; CÓRDOBA, Notas a Maurach, Tratado DP, PG, 1962, II, 297 s.; Comentarios al CP, I, 1972, 8; incluso modernamente RIGHI, DP, PG, 2006, 369, y FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, PG II, 2012, 247, mantienen que, mientras no haya una cláusula legal general que los admita, los delitos omisivos impropios vulneran el principio de legalidad; admitiendo muy pocos casos ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 173; CUELLO CALÓN, DP, PG I, 18.ª, 1980, 348; QUINTANO, Curso I, 1963, 214: el TS con buen acuerdo ha sido sumamente parco en la estimativa de estos delitos omisivos genéricos. Plantean la cuestión como problemática, poniendo por cierto de manifiesto que la doc. y jurisprud. tradicionales eran muy restrictivas y recelosas para admitir la comisión por omisión en delitos dolosos, p. ej. NOVOA MONREAL, Fundamentos delitos de omisión, 1984, 181 ss., poniendo en duda su compatibilidad con el principio de legalidad; similar BUSTOS, Manual DP, PG, 4.ª 1994, 382, con muchas dudas y señalando que la doc. francesa (cita a Merle) rechaza totalmente esa compatibilidad; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, DP, PG, 2.ª 1986, 570 ss.; HUERTA TOCILDO, Principales novedades, 1997; MIR, DP, PG, 3.ª, 1990, 327 s. (antes del nuevo art. 11 CP 1995); ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.ª 2002, 577 ss.; VILLAVICENCIO, PG, 2006, 660 s. (considerando que con la incorporación de un art. 13 en el CP peruano que admite y regula la omisión impropia se estaría superando la posible inconstitucionalidad de esas figuras en relación con el principio de legalidad); RIGHI, DP, PG, 2006, 369 (mientras no haya una cláusula legal general que los admita los delitos omisivos impropios vulneran el principio de legalidad); RUSCONI, PG, 2.ª, 2009, 613 ss.; DONNA, DP, PG, VI, 2010, 217 ss. En la doc. portuguesa e italiana cfr. respectivamente FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª, 2007, 923 s., y FIANDACA/MUSCO, PG, 6.ª 2009, 592-594; 7.ª 2014, 624-626, exponiendo la discusión sobre la constitucionalidad y planteando dudas sobre el cumplimiento de la exigencia de determinación típica.

Algunos han considerado que para salvaguardar la compatibilidad de la omisión impropia con el principio de legalidad será importante la consagración legal de los requisitos de tal figura, especialmente los auténticos deberes jurídicos de garantía: p. ej. SAINZ CANTERO, Lecciones PG, 3.ª, 1990, 518; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Compendio DP, PG, 8.ª 2019, 244 s., abogando por una interpretación muy restrictiva de la equivalencia y no admitiendo más deberes de garante que los tres citados por el art. 11 CP 1995.

<sup>25</sup> En este sentido MIR, PG, desde 1.ª 1984, p. 269; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 588; SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 1986, 366 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, desde 1.ª 1993 a 10.ª 2019, 225 s.; DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos de lesiones, 1997, 45; COBO/VIVES, PG, 5.ª 1999, 392, 394; VIVES ANTÓN, en Cobo (dir.), Coment CP, I, 1999, 522 s.; MORALES PRATS, en Quintero, Manual PG, 3.ª 2002, 383 s.; en Quintero/Morales, Coment, 7.ª 2016, 132 ss.; DOPICO, RDPCr extraord 2 2004, 283 ss. Pese a reconocerlo igualmente BUSTOS, Manual PG, 4.ª 1994, 382, prosigue (382 s.) planteando muchas dudas de que los

que sostenía y sostiene que hay comisión por omisión en cuanto un garante omite evitar un resultado típico (con la sola condición de que la realización de la acción debida hubiera evitado el resultado), ya que efectivamente hay múltiples omisiones de garante en esas condiciones que sin embargo no son subsumibles en el tipo legal del delito comisivo por no ser iguales a la causación activa. Y esto sigue ocurriendo exactamente igual en los Códigos que no han efectuado una regulación expresa de la comisión por omisión, como el francés actual o algunos iberoamericanos<sup>26</sup>. Y en aquellos Códigos, como el alemán, austríaco, italiano, portugués, español o muchos iberoamericanos, que han introducido en su parte general una regulación expresa de la omisión impropia, admitir un supuesto de ésta no infringe el principio de legalidad criminal si el hecho cumple los requisitos de dicha regulación legal (o si al margen de la misma encaja en algún caso directamente en un tipo comisivo de la parte especial), y sí lo infringiría en caso contrario<sup>27</sup>.

Pero algunos de dichos preceptos, como en el CP austríaco o el español, además de un especial deber jurídico de garante, exigen exacta equivalencia con la conducta del tipo de comisión activa: Así según el art. 11 CP españ. 1995 “los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación”. Y el § 2 del StGB austríaco de 1974 requiere que la omisión de evitación del resultado por el especialmente obligado “*sea equivalente a la realización del tipo o figura legal por un hacer*”<sup>28</sup>. Y regulaciones coincidentes se contienen tb. en los CP nicar. y salvad.<sup>29</sup>. Con lo cual en definitiva para no violar el

---

delitos omisivos impropios basados en los deberes especiales de protección cumplan las exigencias de precisión: “esta imprecisión del delito de omisión impropio, que es siempre entonces un tipo abierto, ... lo cual en cierto modo vulnera el principio de legalidad”.

<sup>26</sup> A pesar de ser bastante reciente, el CP francés de 1994 no contiene ninguna referencia a la omisión impropia o comisión por omisión, ni siquiera a la omisión; ello refleja el estado no avanzado de su ciencia jurídico-penal. Sobre los CP iberoamericanos, casi siempre antiguos, que no regulan la comisión por omisión v. *infra* n. 30.

<sup>27</sup> Así p.ej. CUERDA ARNAU, LH-Vives, 2009, 423 ss., considera tras la introducción del art. 11 CP esp. que para no vulnerar el pr. de legalidad la conducta calificada como comisión por omisión ha de equivaler exactamente según el sentido de cada tipo legal a la causación activa, y en 426 duda que respete el principio de legalidad admitir más fuentes de posición de garante que las tres mencionadas por el art. 11: ley, contrato y atar precedente peligroso.

<sup>28</sup> El texto en alemán del § 2 StGB austriaco reza (tras requerir una obligación jurídica especial): “... und die Unterlassung der Erfolgsabwendung einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch ein Tun *gleichzuhalten ist*” (“... y la omisión de la evitación del resultado *sea equivalente* a una realización de la figura legal del hecho por un hacer”); “*gleichzuhalten ist*” puede traducirse tanto por “sea equivalente (o equiparable)” como por “haya de equivaler o de equipararse”.

<sup>29</sup> Sobre las respectivas regulaciones v. *infra* n. 30.

principio de legalidad la conducta omisiva del garante habrá de ser directamente subsumible en la descripción legal del tipo comisivo resultativo de la parte especial.

En cambio, el nuevo § 13, 1 del StGB alemán introducido en 1969 y en vigor en 1975 requiere sólo “correspondencia” de la omisión del garante con la comisión activa, lo que, como es menos exigente que la equivalencia, permite en el ap. 2 una atenuación facultativa para dicha omisión que corresponde a o se corresponde con la comisión activa. El art. 11 del CP suizo de 1937 exige para la comisión por omisión no sólo (aps. 1 y 2) una obligación de obrar en virtud de su situación jurídica para impedir la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino además según el ap.3 que en vista de las circunstancias “se le pueda hacer/incurra en el mismo reproche que si hubiera cometido el hecho/la infracción por un hacer/comportamiento activo”, fórmula que, aun más imprecisa, podría entenderse en el mismo sentido de ser equivalente o equiparable que en los CP español o austríaco; pero el ap. 4 permite atenuar la pena igual que el StGB alemán. El art. 10 del CP portugués de 1982 parte de la regla de que la omisión del especialmente obligado adecuada para evitar el resultado es abarcada por el tipo legal de resultado, “salvo que otra fuera la intención de la ley” (con lo que sólo considera como excepción que el tipo legal no abarque la omisión del garante), y permite igualmente una atenuación facultativa. Y ya con mucha menor exigencia el art. 10 del CP italiano incluso equipara sin más la omisión del garante a la comisión activa al decir: “No impedir un resultado que se tiene a obligación jurídica de impedir equivale a causarlo”<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Otras regulaciones en la PG de diversos Códigos iberoamericanos: Materialmente idéntica al art. 11 CP español es la regulación del art. 20, 1.º CP salvad.: “el que omita impedir un resultado, responderá como si lo hubiera producido, si tiene el deber jurídico de obrar y su omisión se considerara equivalente a la producción de dicho resultado”, y la del art. 23, 1.º CP nicarag. exigiendo equivalencia de la omisión: “equivalga, según el sentido estricto de la ley, a causar el resultado” (y acertadamente no añade ninguna fuente formal de deber de garante), pero que, además muy acertadamente, en el párr 2.º prevé para las omisiones de garante no equivalentes a la causación activa una pena inferior al delito de resultado correspondiente. Similar a los modelos español y austriaco el art. 15 CP parag. al disponer: “Al que omita impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando: ... 2. este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente, tan grave como la producción activa del resultado.”. Coincidente con la regulación alemana y previendo la posible atenuación en la comisión por omisión el art. 13, 2.º CP Perú. El modelo italiano de hacer responder por el resultado a todos los omitentes garantes, o sea, que tienen un deber jurídico específico de evitarlo, lo siguen el art. 25, 2.º CP colomb., los arts. 23, 2.º y 28 CP (orgán. integral) ecuat., el art. 3 CP urug., el art. 7, 1.º CP federal mexic., el art. 18 en los CP costarr. y guatem., el art. 3, 5) CP domin. o el art. 13, 2º CP Brasil: el deber de actuar le incumbe “a quien a) por ley tenga oblig de cuidado, protección o vigilancia; b) de otra forma asumió la responsabilidad de impedir el resultado; y c) con su comportamiento anterior creó el riesgo de que ocurra el resultado [de ocurrencia del resultado]”: v. sobre la discusión doctrinal respecto del texto legal BUSATO, DP, PG, 3.ª 2017, 277 s. Carecen de regulación en la PG de la comisión por omisión los CP chil. de 1874, arg. de 1921, éstos ciertamente antiguos, y en los modernos los CP hondur. 1983, cub. 1987, venez. 2000, o panam. 2007.

### III. REQUISITOS DE LOS DELITOS OMISIVOS IMPROPIOS

#### 1. Aplicabilidad o no de los requisitos y peculiaridades de la omisión propia

Los requisitos de las omisiones propias son en parte aplicables a la omisión impropia, y en parte no. En la medida en que la omisión impropia, aunque luego acabe realizando un delito comisivo, comienza siendo una omisión, es decir, el incumplimiento de un deber de actuación, ha de reunir los *requisitos básicos de toda omisión*, es decir, la existencia de un *deber jurídico de actuación* y la *no realización de la misma*, así como, muy especialmente, la *capacidad individual de realizar la acción requerida* y también en su caso las condiciones especiales de autoría y restantes elementos requeridos por el tipo<sup>31</sup>, sólo que aquí no por el tipo de un delito omisivo propio, sino por el de un delito comisivo de resultado. Pero como en definitiva la omisión impropia significa finalmente realizar un tipo comisivo, o sea de infracción de la prohibición de lesionar o poner en peligro (con dolo, agredir o atacar) bienes jurídicos (v. *supra* I.1. y 2. b), generalmente un tipo de resultado [salvo en aquellos delitos de mera conducta cuya descripción típica admita no sólo la comisión activa, sino también la omisiva, o en aquellas omisiones impropias legalmente previstas y equiparadas a la comisión activa pero de delitos de mera conducta y no de resultado: v. *supra* I.2. b2)-3), y a continuación el párr. sig.], otros requisitos típicos vienen marcados precisamente por las exigencias típicas del delito comisivo de resultado: Por eso no hace falta la descripción legal de una situación típica específica como en las omisiones propias<sup>32</sup>, ya que con el incumplimiento de un deber jurídico (no necesariamente penal) se va a producir la realización de un delito comisivo de resultado, que ya está descrito en el tipo penal general, válido para la comisión activa y la omisiva.

Excepcionalmente *puede haber*, como acabo de anticipar, supuestos de *omisión impropia, mucho menos frecuentes, en tipos no de resultado, sino de mera conducta*<sup>33</sup>. En primer lugar, ello puede ocurrir en aquellos delitos de mera conducta cuya descripción típica admita no sólo la comisión activa –porque si se tratara de un delito de pura actividad, la omisión o incumplimiento de un deber no encajaría precisamente en la

---

<sup>31</sup> V. con más detalles ya LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª, 2016, § 30/27 ss.

<sup>32</sup> Cfr. con más detalles LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª, 2016, § 30/28 s.

<sup>33</sup> Sobre la posibilidad de omisión impropia en delitos de pura actividad o mera actividad monográficamente STEINER, Die Begehung schlichter Tätigkeitsdelikte durch Unterlassen, de lege lata et ferenda, MDR 1971, 260 ss.; TENCKHOFF, Zur Anwendbarkeit des § 13 StGB auf schlichte Tätigkeitsdelikte, FS-Spendel, 1992, 347 ss.



modalidad de actividad legalmente descrita–, sino también la omisiva: así p. ej. en las torturas y otros delitos contra la integridad moral (Tít. VII Libro II CP) de los arts. 174 y 175 la omisión por la autoridad o funcionario de proporcionar higiene o alimentación indispensable es también –junto con ataques activos– subsumible en las conductas típicas de someter a detenidos o presos a condiciones que les supongan sufrimientos o atenten a su integridad moral. Como segunda excepción cabe señalar las omisiones impropias legalmente previstas de modo específico en un tipo de la Parte especial y equiparadas a la comisión activa de delitos de mera conducta (pero lesiva del bien jurídico) y no de resultado: así sucede en la regulación española del allanamiento de morada en el art. 202.1 CP, donde el precepto a la modalidad activa de entrada indebida le añade equiparada en pena la modalidad omisiva de permanencia indebida en la morada ajena por entender la ley que ambas conductas por sí mismas son lesivas por igual para los bienes jurídicos: la intimidad de la morada y la libertad de disposición sobre ella.

Y por otra parte los tipos omisivos impropios o de comisión por omisión absolutamente mayoritarios, los que encajan en delitos de resultado, han de tener *requisitos adicionales* peculiares de los mismos, que se examinan a continuación: Primero, consisten normalmente en la producción mediante la conducta omisiva de un *resultado*<sup>34</sup> distinto de la propia conducta<sup>35</sup> (y lesivo normalmente aunque podría ser de

---

<sup>34</sup> Así lo formula ahora el art. 11 del CP 1995: delitos “que consistan en la producción de un resultado”. Esa es la situación normal del delito omisivo impropio, subsumible en un tipo resultativo, cumpliendo para ello los requisitos que nos aclara el art. 11. Pero existe la excepción, en primer lugar, de los supuestos que también constituyen omisión impropia porque en una figura de la PE una modalidad omisiva está legalmente equiparada a la modalidad de comisión activa, siendo castigadas ambas con la misma pena, donde puede ocurrir que la conducta activa y omisiva legalmente equiparadas no se refieran a la producción de un resultado, como p. ej. ocurre con el allanamiento pasivo de morada o domicilio por no abandonar el domicilio ajeno al ser requerido, equiparado al allanamiento de morada activo en muchos Códigos, como en el CP español en el art.202.1. Tb. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/22, considera que el allanamiento de morada pasivo es omisión impropia por estar equiparado al allanamiento activo (frente a quienes, como JESCHECK, AT, 4.<sup>a</sup> 1988 [PG, 1981] y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.<sup>a</sup> 1996 [PG, 5.<sup>a</sup> 2002], § 58 III 4, lo consideran omisión propia); ciertamente ROXIN indica que en el pasivo hay un resultado, “exactamente el mismo que en el obrar activo: una persona indeseada en los espacios propios”, pero en el nm. anterior (31/21) deja claro que, como en los delitos de actividad es un resultado que no se puede separar de la acción misma. Y en segundo lugar, también habrá una excepción si en algún tipo de mera conducta (sin resultado) en la conducta típica descrita cabe no sólo la forma activa, sino también la omisiva, como v. gr. en los delitos de torturas o atentados contra la integridad moral de los arts. 174 y 175, como hemos visto *supra* II.1., párr. 2.º. V. sobre ambas excepciones ampliamente *supra* I.2. b).

<sup>35</sup> Lo interpretan asimismo como resultado distinto de la propia conducta p.ej. VIVES, Comentarios al CP de 1995, I, 1996, 85; Art. 11, en Cobo (dir.) Comentarios al CP, I, 1999, 523; o SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, 1997, 74 s.; Art. 11, en Cobo (dir.) Comentarios al CP, I, 1999, 483. En cambio en la doc. alemana, aunque es mayoritaria tb. esa interpretación (cfr. citas en JAKOBS, AT, 2.<sup>a</sup> 1991 –DP, PG, 2.<sup>a</sup> 1997–, 29/2; ROXIN, AT II, 2003 –PG II, 2014, § 31/21 ss., 37 ss.), se interpreta frecuentemente resultado en sentido amplio como consecuencia de la decisión incluyendo la propia



peligro concreto) igual que en los delitos de resultado en comisión activa; ello requiere para algunos relación causal, mientras que la doctrina mayoritaria niega la causalidad en sentido estricto con el resultado, pero sí habrá imputación objetiva del resultado a la omisión: v. *infra* III.2.-3. Ahora bien, la imputación de la producción del resultado a una omisión sólo será posible, para respetar el principio de legalidad criminal y las consiguientes exigencias de tipicidad legal, si se trata de un tipo de delito puro de resultado o puramente resultativo sin modalidades limitadas de ejecución activa, pero obviamente *no si estamos ante un tipo de resultado pero con modalidades de actividad o ejecución activa limitadas, legalmente descritas* y el omitente no las realiza<sup>36</sup>. En segundo lugar, según la doc. dom. e incluso según la exigencia legal de los preceptos reguladores de la omisión impropia para los delitos de resultado en la PG de muchos Códigos (como en el art. 11 CP españ.), se requiere no un deber genérico de actuación favorecedora como en las omisiones propias, sino un *deber jurídico especial de evitar el resultado* típico, un *deber de garantía*; por ello, sólo podrá ser autor quien tenga una posición de garante jurídica; lo cual, sin embargo admite *excepciones*<sup>37</sup>. Y en tercer lugar, la concurrencia de las circunstancias que permiten fundamentar el criterio de *equivalencia material con la causación o comisión activa*, constituido a mi juicio, como veremos, por la creación o aumento del riesgo o peligro por la omisión misma desde el punto de vista normativo social y jurídico.

Es dudoso si la inexigibilidad funciona igual que en los delitos omisivos propios: probablemente no, porque en aquellos sólo se va a realizar una acción de no ayuda o fomento, mucho menos grave que la de lesión de un bien jurídico, por lo que en la ponderación de intereses se puede considerar superior la salvaguarda de bienes jurídicos de cierta importancia a la simple prestación de ayuda o fomento y por ello puede haber inexigibilidad general de actuación en cuanto realizarla supondría riesgo para bienes

---

conducta o en sentido jurídico como lesión o puesta en peligro: así entre otros SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, 1974, 326 ss.; SCHÜRMAN, *Unterlassungsstrafbarkeit*, 1986, 32 ss.; JAKOBS, AT, 2.ª 1991 –DP, PG, 2.ª 1997–, 29/2.

<sup>36</sup> Así la doc. absolutamente dominante: cfr. p. ej. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso I*, 1963, 213 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el CP*, 1966, 106 s.; DP, PG I, 1977, 313 s.; CÓRDOBA, *Coment al CP*, I, 1972, 7 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (*Teoría jurídica del delito*), DP, PG I, 1984, 604 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, DP, PG, 2.ª 1986, 571; SAINZ CANTERO, *Lecciones de DP*, 3.ª, 1990, 515 s.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, *DP español*, PG, 18.ª 1995, 386; VILLAVICENCIO, DP, PG, 2006, 660 s.; BERDUGO/ARROYO/ET AL., *Curso de DP*, PG, 2.ª 2010, 243; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio*, PG, 8.ª 2019, 243.

<sup>37</sup> En efecto, **la existencia de un deber jurídico especial de garante no es precisa para la comisión por omisión al menos en los tres grupos** de supuestos que se exponen *infra* IV.1. (advirtiéndolo ya en III.4.).

jurídicos medianamente importantes; pero la ponderación y por ello la exigibilidad puede ser distinta en caso de comisión por omisión, donde la no actuación debida va a producir la lesión de un bien jurídico igual o más importante.

## 2. ¿Causalidad o causalidad negativa en la comisión por omisión?<sup>38</sup>

### a) *Posición negativa: imposibilidad de causalidad material entre una omisión y un resultado*

La doctrina que en el conjunto del siglo XX ha sido claramente dominante, hoy quizás mayoritaria, afirma que entre el no hacer algo (la omisión es no una determinada conducta, sino no hacer algo debido, no cumplir un deber de una determinada actuación) y un resultado no puede existir relación de causalidad real<sup>39</sup>, porque la causa de un efecto

<sup>38</sup> Un amplísimo examen de la discusión, no sólo en la omisión de un solo autor, sino tb. en las omisiones colectivas, de varios autores omitentes, en GRECO, ZIS 2011, 674 ss., 681 ss.; Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos improprios, 2018.

<sup>39</sup> Así v. LISZT, Lb, 2.<sup>a</sup> 1884, 133; Tratado de DP, II, 1927, 303; TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, 71; SÁNCHEZ TEJERINA, *Teoría de los delitos de omisión*, 1918, 15 ss.; ENGISCH, *Die Kausalität*, 1931, 29; MEZGER, *Strafrecht*, 3.<sup>a</sup> 1949 (Tratado, I, 2.<sup>a</sup> 1946, 284 ss., 3.<sup>a</sup> 1955, 294 ss.), § 16 III. 1, muy ampliamente (pero afirmando la causalidad jurídica); ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, 57 ss., 61 ss., 64 ss.; ARTH. KAUFMANN, *FS-Eb.Schmidt*, 1961, 214; LUZÓN DOMINGO, *DP del TS*, I, 1964, 52 (pero ciñéndolo a la omisión simple y añadiendo que en la comisión por omisión, al emplear la omisión como medio, ésta naturalísticamente sí es causa del resultado; sobre su ulterior fundamentación en p. 53 v. *infra* n. 229); GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, 25 ss.; WELZEL, *Lehrbuch*, 11.<sup>a</sup> 1969, 212 s.; MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht*, 1980, 83; GÓMEZ BENÍTEZ, *TJD*, 1984, 590, 602-604; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *PG*, 2.<sup>a</sup> 1986, 584; JESCHECK, *AT*, 4.<sup>a</sup> 1988 [Tratado *PG*, 1981], § 59 III 3, y JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.<sup>a</sup> 1996 [PG, 5.<sup>a</sup> 2002], § 59 III 4; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, 7 ss., 193 ss., 361 s.; PADOVANI, *DP*, 1.<sup>a</sup> 1990/12.<sup>a</sup> 2012, V.4.5; WESSELS, *AT*, 22.<sup>a</sup> 1992, § 16 II 3; BUSTOS, *Manual PG*, 4.<sup>a</sup> 1994, 387; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, *PG*, 18.<sup>a</sup> 1995, 386 s., 372; CEREZO, *Curso II*, 6.<sup>a</sup> 1998, 30 s.; III, 2001, 253; *PG*, 2008, 325 s., 334, 974; COBO/VIVES, *DP*, *PG*, 5.<sup>a</sup>, 1999, 392; GIMBERNAT, *RDPCr* 4 1999, 543; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, 171 ss.; *ZiS* 2011, 396; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*, 2.<sup>a</sup> 2002, 574 s. (no hay nexo de causación, sino que debe existir un nexo de evitación); F. MANTOVANI, *RiDPP*, 2004, 985 ss.; *DirPen XXI* 2005, 237 ss.; *PG*, 9.<sup>a</sup> 2015, nm. 58; RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, 113 s.; VILLAVICENCIO, *PG*, 2006, 660; FIGUEIREDO DIAS, *PG*, I, 2.<sup>a</sup>, 2007, 930; MORILLAS CUEVA, *DP*, *PG II-1*, 2008, 151; *Sistema PG*, 2018/2020, 418 s.; CUELLO CONTRERAS, *PG II*, 2009, 481; RUSCONI, *PG*, 2.<sup>a</sup>, 2009, 594; BERDUGO/ARROYO/ET AL., *Curso PG*, 2.<sup>a</sup> 2010, 243; DONNA, *PG*, VI, 2010, 200 ss., 205 ss., insistiendo en que, en vez de causalidad, lo requerido es una relación normativa y la valoración normativa de la misma; PÉREZ ALONSO, en *Zugaldía (dir.)*, *Fundamentos de DP*, *PG*, 4.<sup>a</sup> 2010, 479; VELÁSQUEZ, *Manual PG*, 4.<sup>a</sup>, Bogotá, 2010, 415, 425; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht*, *AT*, 6.<sup>a</sup> 2011, § 13/53; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en *Romeo/Sola/Boldova*, *DP*, *PG*, 2013, 147; WOHLERS/GAEDE, *NK*, 4.<sup>a</sup> 2013, § 13/1 ss.; FIANDACA/MUSCO, *PG*, 6.<sup>a</sup> 2009, 600, 7.<sup>a</sup> 2014, 631 ss.; CARBONELL, *CPC* 2014, 11, 14; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, *StGB*, 29.<sup>a</sup> 2014, 30.<sup>a</sup> 2019, § 13/61; *MIR*, *PG*, 10.<sup>a</sup> 2015/2016, 12/78 s.; QUINTERO/MORALES, *PG*, 5.<sup>a</sup> 2015, 453, 455 s.; FIORE/FIORE, *PG*, 5.<sup>a</sup> 2016, 259; LUZÓN PEÑA, *Lecc PG*, 3.<sup>a</sup> 2016, 31/17 ss.; *Libt* 6 2017, 165 ss.; *RDP* 2017-2, 76 ss.; *LH-Mir*, 2017, 690 ss.; *GA* 2018, 524 ss.; *BUSATO*, *PG*, 3.<sup>a</sup> 2017, 277; GAEDE, *NK*, 5.<sup>a</sup> 2017, § 13/1 ss; FISCHER, *StGB*, 66.<sup>a</sup> 2019, antes del § 13/39; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP*, *PG*, 10.<sup>a</sup> 2019, 228; WEIGEND, *LK StGB*, 13.<sup>a</sup> 2019 (y 12.<sup>a</sup> 2007), § 13/70; Díez RIPOLLÉS, *PG*, 5.<sup>a</sup> 2020, 154, 255; LANDECHO/MOLINA, *PG*, 11.<sup>a</sup>, 2020, 306. En la jurisprud. expresamente *TS* 9-10-2000; 10-3-2005. Una posición peculiar en *LACRUZ*, en *Gil/Lacruz/Melendo/Núñez*, *Curso PG*, 2.<sup>a</sup> 2015, 295 ss., sostiene que la mayoría de las omisiones impropias son no causales, pero que excepcionalmente hay algunas que son causales, 316: causales en el ámbito socio-cultural, como en los maltratos psicológicos o en estafas.

como categoría ontológica, del ser, presupone la existencia o entrada en juego de una fuerza o fuente de energía real<sup>40</sup>, de origen humano o natural<sup>41</sup>, que produzca una modificación del mundo que es en lo que consiste causar un resultado, y la omisión, o sea la no realización de algo debido, no tiene existencia fáctica (sino que es una categoría intelectual-normativa<sup>42</sup>) y por tanto no causa el resultado<sup>43</sup>, sencillamente no causa nada<sup>44</sup>, ya que como afirma el principio filosófico greco-latino, “*ex nihilo nihil fit*”<sup>45</sup> (de

---

<sup>40</sup> Así ENGISCH, *Die Kausalität*, 1931, 29; GIMBERNAT, RDPCr 4 1999, 543; PÉREZ ALONSO, en Zugalúa (dir.), *Fund PG*, 4.ª 2010, 479; Mir, *PG*, 10.ª 2015/16, 12/78; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 10.ª 2019, 228. Similar WOHLERS/GAEDE, *NK*, 4.ª 2013, § 13/14, y GAEDE, *NK*, 5.ª 2017, § 13/14: en ningún caso existe una causalidad fundamentada de modo estrictamente empírico.

<sup>41</sup> No repara en que la fuente de energía real puede provenir de la naturaleza y no sólo de la actividad del hombre GIMBERNAT, RDPCr 4 1999, 543, cuando afirma “la causalidad exige una aplicación de energía que sólo puede ser generada por un movimiento corporal”.

<sup>42</sup> ART. KAUFMANN, FS-Eb.Schmidt, 1961, 214, fundamenta que la omisión no es causal porque “la omisión no es nada que sea real, sino algo que sólo existe en el pensamiento”; y en efecto, la omisión es una categoría no fáctica, sino normativa, es decir, un predicado valorativo negativo que intelectualmente hacemos de una conducta, no por el comportamiento en sí (que generalmente será activo o excepcionalmente puramente pasivo), sino por no realizar lo que la norma impone como deber.

<sup>43</sup> Así OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *PG*, 2.ª 1986, 584; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*, 2.ª 2002, 574 s.; VELÁSQUEZ, *Manual PG*, 4.ª, 2010, 415, 425; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en *Romeo/Sola/Boldova*, *PG*, 2013, 147; MIR, *PG*, 10.ª 2015/16, 12/78.

<sup>44</sup> Así WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª 1969, 213; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, *StGB*, 29.ª 2014, § 13/61; CARBONELL, *CPC* 2014, 11.

<sup>45</sup> Principio que algunos (p. ej. DESCARTES en sus *Meditaciones: Méditations sur la philosophie première* –1.ª ed. en latín 1641, 2.ª en francés 1647–, *medit. III*; igual [https://de.wikiquote.org/wiki/Lateinische\\_Sprichwörter](https://de.wikiquote.org/wiki/Lateinische_Sprichwörter)) atribuyen al filósofo-poeta romano de origen griego LUCRECIO (Titus Lucretius Carus, *De rerum natura*, siglo I), otros a PARMÉNIDES (así FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, 1.ª 1941, 6.ª 1979, posteriores eds. tras su muerte, I, voz *Ex nihilo, nihil fit*), o en general a los filósofos antiguos, griegos y romanos. Otros como JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, 48, y DONNA, *PG*, VI, 2010, 205, lo atribuyen al filósofo y político romano BOETHIUS (BOECIO, Anicius Manlius Severinus Boethius o Boetius, 480-524), en *De consolatione philosophiae*. La verdad es que Boecio lo recoge en esa obra (*Consolatio philosophiae* –cit. en el medioevo como *De consolatione philosophiae*–, libro V.1, prologus), tb. formulada como “*nihil ex nihilo existere vera sententia est*”, pero parece que la máxima es más antigua: así G. CHAUCER, *Complete Works*, II (cap. *Boethius and Troilus*), New York, Skeat, 2008, 454: Boethius recoge la máxima antigua; la obra *Zitate aus der Antike* ([www.gavagai.de/zitat/antike/HHC03.htm](http://www.gavagai.de/zitat/antike/HHC03.htm)), en Boethius, citando esa máxima, afirma que la idea se encuentra igual o similar en ARISTOTELES en *Física* 1,4 (invocando a Anaxágoras), en LUCRECIO, en *De rerum natura* 1,150 (invocando a Epicuro) y en PERSIUS, en *Saturae* 3, 83 s.

Entre los muchísimos penalistas que lo citan cfr. GLASER, *Abhandlungen*, I, 1858, 301 ss.; *von Liszt*, *Lb*, 2.ª 1884, 113; KOLLMANN, *Die Stellung des Handlungsbegriffs*, 1908, 79; *ZStW* 29, 1909, 376; SÁNCHEZ TEJERINA, *Teoría de los delitos de omisión*, 1918, 28; SCHWARZ, *Die Kausalität*, 1929, 102; VON HIPPEL, *D. Strafrecht*, II, 1930, 159 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, 2.ª 1958, 674, citando a v. Hippel pero calificando de error la máxima; ARTH. KAUFMANN, FS-Eb. Schmidt, 1961, 214; GALLIANI, *Il problema de la condotta*, 1980, 60 s.; MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht*, 1980, 78; NOVOA MONREAL, *Fundamentos de los delitos de omisión*, 1984, 163 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *PG*, 2.ª 1986, 573; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, 6; JESCHECK, *AT*, 4.ª 1988 [Tratado, *PG*, 1981], § 59 III 3; JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, 48; JAKOBS, *AT*, 2.ª 1993 (*PG*, 2.ª, 1997), 29/16; ROMEO, en Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.), *Omisión e imputación objetiva*, 1994, 35; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, *PG*, 18.ª 1995, 386 s.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª 1996 [Tratado, *PG*, 5.ª 2002], § 59 III 3; GIMBERNAT, RDPCr 4 1999, 543; POLAINO, *PG* II, 2000, 292, citando a Rguez. Devesa; ROXIN, *AT* II, 2003 [*PG* II, 2014], § 31/40, citando a Jescheck; FIGUEIREDO DIAS, *PG* I, 2.ª, 2007, 930;

la nada nada surge). Se argumenta con razón que el resultado típico es producido por una causa, pero concurre otra causa<sup>46</sup> y ésta es no es puesta nunca por la conducta omisiva del agente, sino por otra causa, y desde luego no por la acción positiva efectivamente realizada por él en lugar de la debida: si se suprime mentalmente esa conducta el resultado queda igual<sup>47</sup>.

Hay autores, sin embargo, que niegan la causalidad real, pero no tienen inconveniente en admitir a continuación causalidad jurídica o causalidad hipotética si la realización de la acción debida pero omitida hubiera evitado el resultado: v. *infra* III.2. b2). Tales cambios terminológicos, pero manteniendo el concepto básico, causalidad, inducen a confusión y no son por ello aconsejables en absoluto. Quizás induce algo menos a confusión la denominación de “causalidad potencial” de la acción esperada utilizada por ARMIN KAUFMANN<sup>48</sup>, porque deja expresamente claro que no hay un nexo causal real; pero de todos modos tampoco es exacta ni recomendable, ya que sería causalidad potencial negativa, no positiva como en la actividad causal: no se trata de la posibilidad de que la acción esperada y omitida, si se realizara, produciría o causaría el resultado, sino de que lo impediría o evitaría, o sea, daría lugar a que no se produjera el resultado.

---

BERDUGO/ARROYO/ET AL., Curso PG, 2.ª 2010, 243; DONNA, PG, VI, 2010, 205; GRECO, ZIS 2011, 674 (y n. 4 con amplias citas) = Problemas de causalidad, 2018; STRATENWERTH/KUHLEN, Strafrecht, AT, 6.ª 2011, § 13/53; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 147; FIANDACA/MUSCO, PG, 6.ª 2009, 600, 7.ª 2014, 632; F. MANTOVANI, PG, 9.ª 2015, nm. 58; MIR, PG, 10.ª 2015/2016, 12/78; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 10.ª 2019, 228. Formulándolo, respectivamente, en alemán (*aus Nichts kann nichts werden*) o en español (de la nada no puede surgir o salir nada), p.ej. MEZGER, Strafrecht, 1.ª/3.ª/4.ª, 1933/1949/1954 [Tratado I, 2.ª, 1946, 284; 3.ª 1955, 294], § 16 III 1; ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 171 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de DP, III, 2.ª 1958, 671, pero calificándola como falsa máxima; LUZÓN DOMINGO, DP del TS, I, 1964, 52 (de lo negativo no puede surgir algo positivo); MAURACH, Deutsches Strafrecht, AT, 1.ª/4.ª, 1952/1971, § 45 III A 2 [Tratado de DP, II, 1962, § 45 III A 2, p. 271], calificándola de “frase fatal para el Derecho”; igual MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.ª/8.ª 1989/2014 [PG 2, 1995], § 46 I C 2 a, aa; WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 212 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 584; POLAINO, PG II, 2000, 288, citando a Mezger; RUSCONI, PG, 2.ª, 2009, 594; PÉREZ ALONSO, en Zugaldía (dir.), Fund PG, 4.ª 2010, 479 s.; formulándolo en portugués y rechazándolo REALE JR., PG, 4.ª 2013, 257.

<sup>46</sup> Así QUINTERO/MORALES, PG, 5.ª 2015, 453.

<sup>47</sup> Así ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.ª 2002, 574 s.; similar GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 602. Similar la observación de ARM. KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 61: aun si se admitiera una condicionalidad lógica [lo que algunos llaman causalidad lógica] en la no evitación del resultado, el omitente no sería causa de la no evitación, pues ésta subsistiría aunque el omitente no existiera; siguiéndole MIR, PG, 10.ª 2015, 12/78 n. 61.

<sup>48</sup> Así ARM. KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 64 ss.; BAUMANN/WEBER, Strafrecht, AT, 9.ª 1985, 239 s.; VELÁSQUEZ, Manual PG, 4.ª, 2010, 415, 425. Siguiendo a Arm. Kaufmann expresamente CEREZO, Curso II, 6.ª 1998, 31 n. 11; PG, 2008, 326 n. 11.

**b) Posiciones afirmativas: antiguas; modernas: la causalidad negativa o hipotética por evitabilidad del resultado con la acción debida; la conexión conforme a leyes entre omisión y resultado**

1) En el siglo XIX y parte del XX hubo diversos intentos de explicar que en la omisión hay una fuerza operativa real simultánea, antecedente o incluso psíquica que puede causar un resultado<sup>49</sup>, siendo destacable la teoría de la interferencia, según la cual la omisión es causa real del resultado porque implica que el sujeto reprime un impulso de actuación, su voluntad de acción y con ello elimina un factor que impediría el resultado<sup>50</sup>. Todos esos intentos fracasaron por no ser capaces de superar las críticas formuladas<sup>51</sup>, el de la teoría de la interferencia porque demuestran su falsedad los supuestos de omisión por imprudencia inconsciente y los supuestos de omisión dolosa en que no exista

---

<sup>49</sup> Para una exposición sintética, pero más amplia de todas ellas cfr. MEZGER, *Strafrecht*, 3.ª 1949 (Tratado I, 2ª 1946, 285 ss., 3ª 1955, 295 ss.), § 16 III. 1; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, 2.ª 1958, 410 ss., 671 ss.; MAURACH, AT, 1.ª/4.ª, 1952/1971, § 45 III A 2 [Tratado II, 1962, § 45 III A 2, p. 271 s.], considerando (p. 271) que tal discusión “figura entre las cuestiones más artificiosas y estériles que gravan innecesariamente a la ciencia jurídicopenal alemana”; igual MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.ª/8.ª 1989/2014 [PG 2, 1995], § 46 I C 2 a, aa; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 573, 584; HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales*, 1987, 32 ss.; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 2, y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 III 2, donde destaca que al final de esa tendencia algunos (como KOHLER, *Studien aus dem Strafrecht*, I, 1890, 46; v. BAR, *Gesetz u. Schuld*, II, 1907, 268 s.; HÖPFNER, *ZStW* 36 1915, 114) se conformaron con una mera causalidad de Derecho o jurídica, que venía a equivaler al deber jurídico de evitar el resultado (sobre las posiciones de von Bar y Kohler cfr. más ampliamente DOPICO, *Omisión e injerencia en DP*, 2006, 97 ss.); POLAINO, PG II, 2000, 288 ss.; DONNA, PG, VI, 2010, 200-206. Cfr. tb. SILVA, *El delito de omisión*, 1986, 315 s. sobre otras posiciones de la doctrina alemana desde BINDING y v. LISZT. Descalificando contundentemente todos estos intentos WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª 1969, 212 s.: la criticable confusión de la omisión con la acción y su identificación con ésta “le han hecho a la ciencia alemana del Derecho penal ir durante casi dos siglos a pretender dar caza al fantasma de una causalidad de la omisión, que debería corresponderse con la causalidad de la acción”; sin citarlo, habla tb. de una “larga cacería de la causalidad en las omisiones” RUSCONI, PG, 2.ª, 2009, 594. Tb. MEZGER, *Strafrecht cit.* (Tratado I, 2ª 1946, 285, 3ª 1955, 295), calificaba estos intentos de “desesperado es fuerza por transformar en un algo la nada de la omisión”. Con una fundamentación peculiar LUZÓN DOMINGO, *DP del TS*, I, 1964, 52, tras negar la causación física en la omisión simple, sostiene que en la comisión por omisión, al emplear la omisión como medio, ésta naturalísticamente sí es causa del resultado; sobre su ulterior fundamentación en p. 53 v. *infra* n. 229 y 278.

<sup>50</sup> Teoría sostenida por v. BURI, *GS* 21 1869, 196 ss.; BINDING, *Die Normen*, II-1, 2.ª 1914, 516 ss., 536 ss., 555 ss.; posteriormente tb. H. MAYER, AT, 1953, 112 s. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, 2.ª 1958, 412 s.; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 2, y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 III 2; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2012], § 31/38, que señala que fue la explicación que más acogida tuvo.

<sup>51</sup> Hasta el punto de que v. LISZT, *Lb*, 21.ª/22.ª 1919, 128 y v. LISZT/SCHMIDT, *Lb*, 25.ª 1927, 164, calificaron ese debate como “uno de los más infructuosos que ha tenido lugar en la ciencia penal”, como subrayan JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 2 (JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 III 2), JAKOBS, AT, 2.ª 1991 (PG, 2.ª, 1997), 29/15, ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2012], § 31/37, o LUZÓN CUESTA, *Compendio DP*, PG, (21.ª 2011, 171); tb. MIR, PG, 10.ª 2015/16, 12/78, habla de “discusión tan larga como infructuosa”. Recuérdese tb. las descalificaciones de MEZGER, MAURACH o WELZEL *cits. supra* en n. 49.



inicialmente un impulso de actuación<sup>52</sup>.

2) Frente a la posición de la doc. mayor. un sector minoritario pero muy amplio niega que la causalidad deba entenderse como una conexión real o material entre dos fenómenos, y sostiene que la relación causal es simplemente una conexión o nexo condicional *lógico* y en el plano lógico la omisión, el incumplimiento de un deber de evitación, puede ser una condición de un resultado exactamente igual que una comisión activa<sup>53</sup>. Dentro de esta concepción la fundamentación de la mayoría consiste en afirmar que la omisión, el no realizar ese deber es una “condición negativa” o “**causa negativa**” de la producción del resultado: si se hubiera realizado la acción de evitación debida, no se habría producido el resultado<sup>54</sup>, añadiendo que las condiciones negativas, o sea la ausencia de un factor impediendo, ausencia de protección, son necesarias sumadas a las positivas para la causación de un resultado<sup>55</sup>; a esto lo llaman muchos “**causalidad hipotética**”, porque se basa en que, en la hipótesis de que el sujeto hubiera actuado, la acción debida habría sido causal, habría causado que no se produjera el resultado<sup>56</sup>,

---

<sup>52</sup> Así ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2012], § 31/38.

<sup>53</sup> Línea argumentativa defendida desde ENGISCH, Die Kausalität als Merkmal, 1931, 29 ss., 30 s.; MSchKrim 1939, 426 s.; p. ej. ANTOLISEI, PG, 4.ª 1960, 182, 16.ª 2003, nm. 101; RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro, 1966, 54 ss.; PG, 1977, 306, invocando a Antolisei; BLEI, AT, 18.ª 1983, 316; KÖHLER, AT, 1997, 228 s.; PUPPE, Die Erfolgsszurechnung im Strafrecht, 2000, 63, 71; FRISTER, AT, 9.ª 2020, 22/20.

<sup>54</sup> Argumentan así la causalidad negativa MEZGER, Strafrecht, 3.ª 1949 (Tratado I, 2ª 1946, 3ª 1955, 296 ss.), § 16 III. 1; siguiéndole JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 2.ª 1958, 677; ANTOLISEI, PG, 4.ª 1960, 182, 16.ª 2003, nm. 101; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1977, 306 s., invocando a Antolisei; BAUMANN, AT, 8.ª 1977, 248; BLEI, AT, 18.ª 1983, 315; PUPPE, ZStW 92 1980, 899; SAINZ CANTERO, Lecciones, 3.ª, 1990, 517; KÖHLER, AT, 1997, 229; MARINUCCI/DOLCINI, PG, 6.ª 2017, VI/10.5.1-2; FRISTER, AT, 9.ª 2020, 22/20. Con la misma argumentación CARBONELL, CPC 2014, 5, 11, 19. habla de relación de causación o causalidad o determinación “inversa”.

<sup>55</sup> Explican así la causalidad negativa ANTOLISEI, RODRÍGUEZ MOURULLO, PUPPE, FRISTER cits. en n. anterior. En contra p. ej. SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 30.ª 2019, § 13/61.

<sup>56</sup> Defienden así la causalidad hipotética entre otros RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1977, 307; BAUMANN, AT, 8.ª 1977, 248; BLEI, AT, 18.ª 1983, 315 s.; BAUMANN/WEBER, AT, 9.ª 1985, 239 s.; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 3, y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 III 4; PADOVANI, DP, 1.ª 1990/12.ª 2012, V.4.5; RODRÍGUEZ DEVEESA/SERRANO, PG, 18.ª 1995, 387; BACIGALUPO, Principios, 5.ª 1998, 403; POLAINO, PG II, 2000, 292; VELÁSQUEZ, Manual PG, 4.ª, 2010, 415, 425 s.; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, PG II, 2012, 248; F. MANTOVANI, PG, 9.ª 2015, nm. 58; BUSATO, PG, 3.ª 2017, 277; MARINUCCI/DOLCINI, PG, 6.ª 2017, VI/10.5.1-2; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 10.ª 2019, 228; RENGIER, AT, 12.ª 2020, § 49/13; TS 1538/2000, 9-10; 1251/2006, 12-12. Modernamente muchos, tras negar la causalidad real, hablan de causalidad hipotética pero **no como auténtica relación causal, sino como elemento de la imputación objetiva** en el delito omisivo impropio: así BUSTOS, Manual PG, 4.ª 1994, 387; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 585; JAKOBS, AT, 2.ª 1991 (PG, 2.ª, 1997), 29/15-18; VILLAVICENCIO, PG, 2006, 672; MORILLAS, PG II-1, 2008, 151; Sistema PG, 2018/2020, 418 s.; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª, 2007, 930; FIANDACA/MUSCO, PG, 6.ª 2009, 601, 7.ª 2014, 633; BERDUGO/ARROYO/ET AL., Curso PG, 2.ª 2010, 243; PÉREZ ALONSO, en Zugaldía (dir.), Fund PG, 4.ª 2010, 479 s.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT [= PG], 6.ª 2011, § 13/53; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.ª 2013, § 13/14;

denominándola algunos también *causalidad potencial*<sup>57</sup> o *cuasi-causalidad*<sup>58</sup>; pero si se observa bien, se trata no de causalidad hipotética positiva, sino de causalidad hipotética negativa, porque lo que se afirma de la hipotética acción que se podía haber producido no es que habría causado el resultado, sino que lo habría evitado o impedido. Algunos optan por hablar de “*causalidad jurídica*” o *causalidad normativa* o *en sentido normativo*, sosteniendo que jurídicamente se equipara o considera equivalente la no evitación del resultado a la causación del mismo<sup>59</sup>. Hay que destacar que de todas maneras, como ya hemos visto, muchos de los defensores de estas posiciones comienzan por negar que en

---

MIR, PG, 10.<sup>a</sup> 2015/16, 12/78 s.; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.<sup>a</sup> 2016, 157 s.; GAEDE, NK, 5.<sup>a</sup> 2017, § 13/14; FISCHER, StGB, 66.<sup>a</sup> 2019, antes del §13/39; WEIGEND, LK StGB, 13.<sup>a</sup> 2019 (y 12.<sup>a</sup> 2007), § 13/70. Rechazando expresamente la causalidad hipotética RODRÍGUEZ MESA, La atribución, 2005, 113 ss., 146; QUINTERO/MORALES, PG, 5.<sup>a</sup> 2015, 455 s.; LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.<sup>a</sup> 2016, 31/17 ss.; Libt 6 2017, 165 s.; RDP 2017-2, 76 s.; LH-Mir, 2017, 690 s.; GA 2018, 524 s.

<sup>57</sup> Así p.ej. ARM. KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 64 ss.; siguiéndole CEREZO, Curso II, 6.<sup>a</sup> 1998, 31 n. 11; PG, 2008, 326 n. 11; BAUMANN/WEBER, AT, 9.<sup>a</sup> 1985, 239 s.; VELÁSQUEZ, Manual PG, 4.<sup>a</sup>, 2010, 415, 425, ambos conjuntamente con causalidad hipotética; igual STRATENWERTH/KUHLEN, PG, 6.<sup>a</sup> 2011, § 13/52 s.: causalidad posible o potencial, equiparándola a hipotética o cuasi-causalidad, pero destacando que no es causalidad real; igual y siguiéndolos FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.<sup>a</sup>, 2007, 930. Rechazándola expresamente LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.<sup>a</sup> 2016, 31/17 ss.; Libt 6 2017, 165 s.; RDP 2017-2, 76 s.; LH-Mir, 2017, 690 s.; GA 2018, 524 s.

<sup>58</sup> Así TRAEGER, Das Problem der Unterlassungsdelikte, 1913, 20 s.; WELZEL, Lehrbuch, 11.<sup>a</sup>, 1969, 212; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 18.<sup>a</sup> 1975/26.<sup>a</sup> 2000, § 13/61; GIMBERNAT, RDPCr 4 1999, 540 s., criticándola; le sigue DONNA, PG, VI, 2010, 216; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, 481 s., que en cambio acepta la cuasi-causalidad (tb. sigue a Gimbernat MEINI, ADP (Perú), 2003, 433 ss., pero en 436 aceptando directamente la causalidad); T. WALTER, LK I, 12.<sup>a</sup> 2006/07, antes del § 13/86; STRATENWERTH/KUHLEN, AT [= PG], 6.<sup>a</sup> 2011, § 13/52 s., y SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 30.<sup>a</sup> 2019, § 13/61: equiparándola a causalidad potencial o hipotética, pero destacando que no es causalidad real (y en SCHÖNKE/SCHRÖDER se añade que con una causalidad tautológica así nada se ha ganado); WOHLERS/GAEDE, NK, 4.<sup>a</sup> 2013, § 13/11, 14; GAEDE, NK, 5.<sup>a</sup> 2017, § 13/11, 14; FISCHER, StGB, 66.<sup>a</sup> 2019, antes del §13/39; RENGIER, AT, 12.<sup>a</sup> 2020, § 49/13; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.<sup>a</sup> 2020, nm. 1172. Rechazándola RODRÍGUEZ MESA, La atribución, 2005, 146; PUPPE, NK, 4.<sup>a</sup> 2013, antes del § 13/118 ss., criticándola y llamándola tb. “nexo causal ficticio”; LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.<sup>a</sup> 2016, 31/17 ss.; Libt 6 2017, 165 s.; RDP 2017-2, 76 s.; LH-Mir, 2017, 690 s.; GA 2018, 524 s.

<sup>59</sup> Así la llaman causalidad jurídica KOHLER, Studien aus dem Strafrecht, I, 1890, 45 ss., 46; v. BAR, Gesetz u. Schuld, II, 1907, 268 s.; HÖPFNER, ZStW 36 1915, 114; MEZGER, Strafrecht, 3.<sup>a</sup> 1949 (Tratado I, 2.<sup>a</sup> 1946, 3.<sup>a</sup> 1955, 296 ss.), § 16 III. 1; siguiéndole JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 2.<sup>a</sup> 1958, 677 ss.; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.<sup>a</sup> 2013, § 13/14, y GAEDE, NK, 5.<sup>a</sup> 2017, § 13/14: nexo causal jurídico y con ello valorativo; mostrando simpatía por la concepción de Mezger POLAINO, PG II, 2000, 288, 291 s. De causalidad en sentido normativo hablan: WESSELS, AT, 22.<sup>a</sup> 1992, § 16 II 3; T. WALTER, LK I, 12.<sup>a</sup> 2006/07, antes del § 13/86; F. MANTOVANI, PG, 9.<sup>a</sup> 2015, nm. 58; PALAZZO, PG, 6.<sup>a</sup> 2016, 8.<sup>a</sup> 2021, Cap. V.4.5.2; FISCHER, StGB, 66.<sup>a</sup> 2019, antes del §13/39; FIANDACA/MUSCO, PG, 6.<sup>a</sup> 2009, 601; 7.<sup>a</sup> 2014, 633, hablan de causalidad en sentido normativo o de equivalente normativo a la causalidad, pero aclarando que es el presupuesto de la imputación jurídica. En una línea paralela CUERDA ARNAU, LH-Vives, 2009, 432 s., sostiene que la causalidad en la omisión no puede ser igual que en la acción, pero que en ambos casos debe examinarse (siguiendo la concepción significativa de VIVES) conforme a la expresión de sentido de la conducta. También Roso, LH-Roxin (Lima), 2018, 255 s. y n. 25 pp. 256 s., deja abierta –junto a la innecesariedad de causalidad en el delito omisivo– la posibilidad de un concepto de causalidad válido para el delito omisivo y adaptado a sus peculiaridades. De modo peculiar MEINI, ADP (Perú), 2003, 433-436, afirma la causalidad de la omisión, pero basándose en criterios normativos como es el mío del aumento del riesgo normativamente y los de Gimbernat, Silva y Schünemann (v. *infra* V.B.1.-4.).



la omisión haya causalidad real o en sentido estricto, pero a continuación admiten una causalidad negativa, hipotética, potencial, jurídica o concepto similar.

Dándole la vuelta a esa causalidad hipotética-negativa mediante la fórmula hipotética auxiliar que en la comisión activa se suele utilizar como test práctico para comprobar si hay condición, un sector afirma la causalidad “si la acción esperada no puede ser suprimida mentalmente sin que desapareciera el resultado”<sup>60</sup>, añadiendo que ello es una aplicación de la regla lógica *duplex negatio est affirmatio*<sup>61</sup> (doble negación – la negación de la negación– es afirmación); algunos la denominan *causalidad lógica* o *lógico-científica*<sup>62</sup>.

3) Otros sostienen que hay relación de causalidad con la fundamentación en *la conexión conforme a leyes entre omisión y resultado*<sup>63</sup>: un sector sostiene que la omisión puede considerarse como una condición conforme a leyes (naturales) y que por tanto entre la omisión y el resultado existe una conexión o nexo conforme a las leyes naturales de la causalidad.

Siguiendo la conocida fórmula de ENGISCH (1931) sobre la existencia de causa en

---

<sup>60</sup> JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 3, y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 III 3, y sents. del RG y BGH que cita; BAUMANN, AT, 8.ª 1977, 248; BLEI, AT, 18.ª 1983, 315; BAUMANN/WEBER, AT, 9.ª 1985, 239; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1977, 307, lo formula así: “El valor causal de la omisión se determina mediante la misma fórmula práctica, sólo que invertida, utilizada para la acción positiva. La omisión tiene valor causal si puesta mentalmente la acción omitida, mediante un juicio hipotético, el resultado no se habría producido”; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, 30.ª 2019, § 13/61; FISCHER, StGB, 66.ª 2019, antes del § 13/39; FRISTER, AT, 9.ª 2020, 22/20; RG 63, 393; RG 75, 50; BGH 37, 126; BGH NJW 1998, 1573; BGH NJW 2003, 526. Critica a la extendida doctrina que utiliza estas fórmulas GIMBERNAT, RDPCr 4 1999, 540 s.; ADPCP 2000, 51 ss., especialmente por conformarse con que la acción exigida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza.

<sup>61</sup> ENGISCH, Die Kausalität als Merkmal, 1931, 31; MSchKrim 1939, 426; RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro, 1966, 54 ss.; PG, 1977, 306 s.; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 3, citando las sents RG 58, 130 ss. (131), 63, 392 ss. (393) y 75, 49 ss. (50); JAKOBS, AT, 2.ª 1991 (PG, 2.ª, 1997), 29/16, con matizaciones; MORILLAS, PG II-1, 2008, 151 s., y Sistema PG, 2018/2020, 419, pero con las reservas de JAKOBS. Sin compartir la tesis, cita ese aforismo MIR, PG, 10.ª 2015/16, en n. 61 de 12/78.

<sup>62</sup> Así ENGISCH, Die Kausalität als Merkmal, 1931, 30 s.; MSchKrim 1939, 426 s.; ANTOLISEI, PG, 4.ª 1960, 182, 16.ª 2003, nm. 101; RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro, 1966, 54 ss.; PG, 1977, 306, invocando a Antolisei; BLEI, AT, 18.ª 1983, 316; KÖHLER, AT, 1997, 228 s. En contra del argumento, pero usando el término, MIR, PG, 10.ª 2015/16, n. 61 de 12/78, que no lo comparte, la llama “causalidad lógica”; en contra tb., destacando que la causalidad es una realidad ontológica y no sólo una categoría o nexo del pensamiento, ARTH. KAUFMANN, FS-Eb. Schmidt, 1961, 214; WELP, Vorangegangenes Tun, 1968, 166 ss.; SEEBALD, GA 1969, 194; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 18.ª 1975/26.ª 2000, § 13/61.

<sup>63</sup> Así ENGISCH, Die Kausalität als Merkmal, 1931, 29 ss.; PUPPE, ZStW 92, 1980, 899; NK, I, 4.ª, 2013, antes del § 13/117 ss.; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 3 (JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 III 3), unida a la causalidad hipotética o negativa; WESSELS, AT, 22.ª 1992, § 16 II 3; HILGENDORF, NStZ 1994, 564; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2012], § 31/42 ss.; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, 482, que de todos modos la considera sólo cuasi-causalidad.

general, ya en los delitos de comisión activa, que propone una comprobación positiva de la causalidad conforme a las leyes naturales, conforme al conocimiento humano de las leyes causales, según esta definición: una conducta es causal para un resultado “cuando a esa conducta se han encadenado, subsiguientemente en el tiempo, modificaciones en el mundo exterior que en su sucesión estuvieron unidas con la conducta y entre sí según las leyes (naturales) y que han desembocado en algún componente del supuesto de hecho concreto delimitado como resultado por la ley penal”<sup>64</sup>, fórmula que el propio ENGISCH aplica también a la omisión diciendo que “la no realización de una acción que conforme a las leyes naturales ... habría evitado un resultado (desaprobado) puede lícitamente ser considerada como legalmente unida precisamente a este resultado y por tanto como causal respecto del mismo”<sup>65</sup>, un sector sostiene esta misma posición. Así PUPPE, JESCHECK, WESSELS, HILGENDORF, ROXIN o CUELLO CONTRERAS<sup>66</sup>. Como fundamentación adicional PUPPE señala que hay conexión conforme a leyes porque las negaciones no son sólo admisibles, sino indispensables para ofrecer explicaciones causales completas, y que el resultado se produce no sólo por las condiciones que lo fomentan positivamente, sino también por la ausencia de factores que lo impiden (doble causalidad en la omisión)<sup>67</sup>, pues p.ej. un enfermo grave no sólo muere porque ha sucumbido a la enfermedad, sino también porque no ha acudido a ningún médico<sup>68</sup>; argumentación esta que coincide exactamente con las fórmulas de la causalidad negativa: v. *supra* III.2. b2). Por su parte ROXIN razona que, dado que no se sabe mucho en detalle de la fuerza operativa de la causalidad incluso en los delitos comisivos<sup>69</sup> (activos), es recomendable aplicar la fórmula de la condición conforme a leyes asimismo a los delitos omisivos<sup>70</sup>: v. la crítica *infra* III.2. c1).

---

<sup>64</sup> ENGISCH, Die Kausalität, 1931, 21. Algo más sintética la formulación en JESCHECK, AT, 4.<sup>a</sup> 1988 [PG, 1981], § 59 III 3 (JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.<sup>a</sup> 1996 [PG, 2002], § 59 III 3), que tb. reproduce ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup> 2006, § 11/15: “la acción omitida está en la conexión conforme a leyes con el resultado producido ... cuando el hacer imaginado hubiera evitado el resultado”.

<sup>65</sup> ENGISCH, Die Kausalität, 1931, 29 ss.; FS-v. Weber, 1963, 264 s.

<sup>66</sup> Cits. *supra* n. 63.

<sup>67</sup> Así PUPPE, ZStW 92, 1980, 899; NK, I, 4.<sup>a</sup>, 2013, antes del § 13/120 s.

<sup>68</sup> Así PUPPE, ZStW 92, 1980, 899.

<sup>69</sup> Y aquí ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/42, se remite a lo que ya había expuesto en su AT I, 3.<sup>a</sup> [PG I, 1997], § 11/4.

<sup>70</sup> ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/42. Aparte de la crítica que hago a continuación a su razonamiento de que la causalidad conforme a leyes explica la causalidad de la omisión, no es cierta su primera afirmación de que no sabemos mucho de la fuerza operativa de la causalidad incluso en la comisión activa: v. mi crítica *infra* III.2. c1).

Por cierto, que este criterio unos lo aplican sólo a la omisión impropia (así WESSELS, JESCHECK, HILGENDORF o CUELLO CONTRERAS<sup>71</sup>), pero otros (como ENGISCH, PUPPE o ROXIN) lo mantienen respecto de cualquier omisión<sup>72</sup>, por tanto tb. las omisiones propias o puras.

Pues bien, esa fundamentación es una argumentación deficiente. En todos los casos la argumentación en el fondo se basa en una mera petición de principio y es por tanto circular<sup>73</sup>: afirmar que entre una omisión y un resultado existe una conexión conforme a las leyes e intentar demostrarlo sólo y simplemente con ejemplos como que si un hábil nadador y socorrista A contempla tranquilamente cómo a su lado se ahoga B, el comportamiento de A es causa de la muerte de B, porque entre el comportamiento de A y la muerte de B existe una conexión conforme a las leyes<sup>74</sup>, o que “si una madre no alimenta a su hijo, éste, con la seguridad de las leyes naturales, morirá de hambre”<sup>75</sup> son afirmaciones gratuitas, sin la menor fundamentación: Afirman en un círculo vicioso que hay causalidad de la omisión porque ésta está vinculada conforme a las leyes naturales con el resultado, y vuelven a afirmar la existencia de esa conexión conforme a leyes por estar convencidos de que la correspondiente omisión ha causado el resultado. No fundamentan por qué las leyes de la naturaleza afirman acaso que el factor que mata y le produce la muerte a quien se ahoga en el lago es la pasividad de quien está cerca y sabe nadar (por cierto, en principio un no garante), y no el hecho de que la víctima traga agua sin parar porque no puede o no sabe nadar. Ni se fundamenta por qué las leyes naturales van a afirmar que la causa de la muerte por inanición del niño, aparte del factor de que el niño pequeño no sabe procurarse su nutrición, es la pasividad de la madre que no lo alimenta y no la pasividad del padre y otros familiares presentes que no lo hacen e igualmente la pasividad de vecinos, que oyen llorar ininterrumpidamente al niño y no intervienen (aparte de que, si cualquier tercero alimentara al bebé, ya no sucederá que “éste, con la seguridad de las leyes naturales, morirá de hambre” aun cuando no lo hace

---

<sup>71</sup> JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [PG, 1981], § 59 III 3 (JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 III 3); WESSELS, AT, 22.ª 1992, § 16 II 3; HILGENDORF, NSTZ 1994, 564; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, 482, que de todos modos la considera sólo cuasi-causalidad.

<sup>72</sup> ENGISCH, PUPPE, ROXIN, *cits.* en las n. 64-70.

<sup>73</sup> La crítica que hago en este párrafo al criterio de la “conexión conforme a leyes” ya estaba apuntada en LUZÓN PEÑA, *Lecc PG*, 3.ª 2016, 31/15; LH-Mir, 2017, 688; y totalmente desarrollada en Libt 6 2017, 165 s.; RDP 2017-2, 76 s.; GA 2018, 523 s.

<sup>74</sup> Así HILGENDORF, NSTZ 1994, 564.

<sup>75</sup> Así ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/42.

la madre, lo que demuestra que la omisión de ella no causa la muerte); y si en estos casos no se afirma que han causado el resultado mortal estos vecinos e incluso simples familiares que no alimentan y por ello no se les imputa el resultado a sus conductas pasivas, desde luego no es debido a una conexión o no del resultado conforme a las leyes naturales con cada una de esas conductas, o sea a una cuestión fáctica, sino a la cuestión jurídica de a quién o quiénes incumbe un deber de garantía especialísimo respecto de un ser absolutamente desvalido y dependiente, deber que se da por seguro que va a ser cumplido (v. *infra* VI.3. h2a’).

4) Luego todas estas posiciones discuten sobre la seguridad o grado de probabilidad necesario para afirmar que la conducta debida y omitida habría evitado el resultado. Como esa circunstancia es totalmente hipotética y no se ha producido, se suele mantener que no puede haber seguridad, sino probabilidad mayor o menor y la posición más frecuente es la de que, para no vulnerar el *in dubio pro reo*, ha de haber una *probabilidad rayana en la seguridad o certeza de que la conducta debida habría evitado el resultado*<sup>76</sup>; si no hay esa casi seguridad de evitación, sostiene que no se causa el resultado y sólo habrá tentativa en caso de dolo, y en caso de imprudencia habrá incluso impunidad. Hay no obstante una parte muy importante de la doctrina que no admite que haya causalidad real en la omisión impropia, pero sí imputación objetiva del resultado y ciertamente para ello mantiene la misma posición de que se requiere para la imputación una probabilidad rayana en la seguridad de que la acción requerida habría evitado el resultado<sup>77</sup>; por tanto, sumando ambas perspectivas esta exigencia es opinión dominante tanto en doctrina como jurisprudencia.

---

<sup>76</sup> Así entre otros muchos, WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 212; MAURACH, AT, 4.ª 1971, § 45 III B, 503; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 18.ª 1975/26.ª 2000, § 13/61; BAUMANN, AT, 8.ª 1977, 248; BLEI, AT, 18.ª 1983, 316; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [Tratado PG, 1981] y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 III 4, con citas de jurisprudencia. (ya RG 15, 151; 51, 127; 75, 49; 75, 372); WESSELS, AT, 22.ª 1992, § 16 II 3; BACIGALUPO, Principios, 5.ª 1998, 403; ENGLÄNDER, JuS 2001, 960 s.; MORILLAS, PG II-1, 2008, 152; Sistema PG, 2018/2021, 419; MARINUCCI/DOLCINI, PG, 6.ª 2017, VI/10.5.3-5.5 (para cursos causales provocados por factores naturales o mecánicos); FISCHER, StGB, 66.ª 2019, antes del § 13/39; FRISTER, AT, 9.ª 2020, 22/25; RENGIER, AT, 12.ª 2020, § 49/13; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.ª 2020, nm. 1172 (pero tb. lo aplican a la imputación objetiva: v. n. sig.).

<sup>77</sup> Así entre otros, SCHÜNEMANN, StV 1985, 229 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 585; JAKOBS, AT, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 19/20; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 2002], § 59 III 4; CEREZO, Curso, III, 2001, 270; PG, 2008, 990; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.ª 2002, 583; KÜHL, AT, 5.ª, 2005, 18/39; T. WALTER, LK I, 12.ª 2006/07, antes del § 13/86; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.ª 2013, § 13/15; CARBONELL, CPC 2014, 21 ss.; MIR, PG, 10.ª 2015/16, 12/82; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.ª 2016, 158; FREUND, MK StGB, 3.ª 2017, § 13/213 (con reservas), 221: equivalente a “prácticamente seguro”; GAEDE, NK, 5.ª 2017, § 13/15; LUZÓN PEÑA, Libt 6 2017, 170 ss.; RDP 2017-2, 82 ss.; WEIGEND, LK StGB, 13.ª 2019 (y 12.ª 2007), § 13/71 s.; DÍEZ RIPOLLÉS, PG, 5.ª, 2020, 255 s.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.ª 2020, nm. 1203.

Sin embargo, una posición minoritaria requiere para la imputación objetiva (o ya para la causalidad) total seguridad o certeza de que la acción debida habría evitado el resultado<sup>78</sup>. Pero sobre todo, en sentido inverso en la doctrina se debate ampliamente<sup>79</sup> si en la omisión para afirmar la causalidad (o la imputación) se puede acudir al criterio del “*incremento (o aumento) del riesgo*” por la hipotética conducta alternativa lícita, que un sector encabezado por ROXIN aplica como criterio de imputación objetiva en los delitos de comisión activa (ciertamente rechazado por gran parte de la doctrina)<sup>80</sup>, es decir, en la omisión acudir como criterio a la “*disminución del riesgo*”<sup>81</sup> por la conducta alternativa, o sea, la actividad debida; y un sector minoritario sostiene frente a la doc. dom. que efectivamente basta que haya, no seguridad o casi seguridad, sino una posibilidad importante o relevante de que la conducta debida hubiera evitado el resultado, o sea una simple disminución del riesgo si se hubiera realizado la conducta requerida y omitida, para imputar el resultado<sup>82</sup>: v. sobre ese debate más ampliamente *infra* III.3. b)-d).

---

<sup>78</sup> Así MEZGER, *Strafrecht*, 3.ª 1949 [Tratado I, 1946], § 16 III. 2; HERZBERG, MDR 1971, 882 s.; KAHLO, *Zum Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs*, 1990, 320 ss.; JAKOBS, AT, 2.ª 1991 –PG, 2.ª 1997–, 29/19; KÖHLER, AT, 1997, 229; en la doc. española TORÍO, ADPCP 1984, 699 ss.; GRACIA, APen 1995, 711 (683 ss.). Vacilando SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, § 13/61, pues tras afirmar varias veces que ha de ser segura la evitación del resultado, otras varias se conforma con probabilidad rayana en la seguridad. Aparentemente podría parecer que encaja aquí GIMBERNAT, ADPCP 1994, 29, 38; ADPCP 2000, 71 s., porque exige seguridad en la comprobación de la causación, pero lo que sostiene es que es seguro que el resultado ha sido causado por el peligro no controlado, y no que sea seguro que la acción omitida lo habría evitado, posición que rechaza (ADPCP 2000, 64 s.), con lo que en sus conclusiones acaba coincidiendo –pese a rechazarla tb.– con la teoría del incremento/disminución del riesgo: v. *infra* n. 251. Critica con razón su formulación de que el resultado sea con seguridad causado por el foco de peligro no controlado, por no atender a si es seguro que lo impediría la acción debida, BACIGALUPO, Principios, 5.ª 1998, 403 s.

<sup>79</sup> Cfr. extensamente sobre esta discusión ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/46 ss., 51 ss.

<sup>80</sup> Cfr. ampliamente sobre la discusión en torno a su criterio del incremento del riesgo en los delitos de comisión activa ROXIN, AT I, 4.ª 2006, § 11/88 ss.; PG I, 1997, § 11/72 ss. V. tb. una síntesis en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, § 15/95 ss.

<sup>81</sup> Precisan que esa debería ser la terminología adecuada en el delito omisivo BEULKE/BACHMANN, JuS 1992, (737 ss.) 743 n. 40; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/49; MORILLAS, PG II-1, 2008, 152 s.; Sistema PG, 2018/2021, 420; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.ª 2013, § 13/15; GAEDE, NK, 5.ª 2017, § 13/15. En contra T. WALTER, LK I, 12.ª 2006/07, antes del § 13/86: denominación “que induce a error”.

<sup>82</sup> Así STRATENWERTH, FS-Gallas 1973, 237 ss.; AT, 4.ª 2000 [PG, 4.ª 2005], § 13/52 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª 2010, § 13/54; OTTO, JuS 1974, 708; AT, 7.ª 2004, 9/99; RUDOLPHI, SK, 2.ª 1977/7.ª 2000, § 13/16-16a; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 603 s.; BRAMMSEN, MDR 1989, 123 ss.; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª, 2007, 931, pese a reconocer en 930 argumentos a favor de la doc. dom. Cfr. ampliamente sus argumentos y los argumentos contrarios de la posición mayoritaria en ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/51-53. No obstante, el propio ROXIN no quiere aplicar su criterio del incremento del riesgo a la imputación en los delitos omisivos, sino que mantiene una posición intermedia: v. *infra* III.3. b *in fine*, y en n. 99.

c) ***Crítica de las posiciones afirmativas. Conclusión: no hay causalidad real, pero sí imputación objetiva (jurídica) del resultado***<sup>83</sup>

1) Esta tesis de las posiciones afirmativas de la existencia de causalidad, negativa o hipotética o bien conforme a leyes (naturales), es totalmente insostenible. Al margen de otras objeciones hay dos obstáculos frontales:

Primero, en un estado de cosas pacífico o en reposo, o –aunque sea con factores de riesgo y no totalmente pacífico– considerado como *statu quo* en la situación que presenta sin modificaciones en un determinado momento, ***sólo puede causar un resultado, es decir una modificación o cambio de ese estado de cosas, la irrupción o entrada en el mismo de una energía proveniente de un proceso natural o de un acto humano*** (energía física, como movimiento o golpe, calor, frío, electricidad, ondas, radiación etc., agregación de sustancias que desencadenan una reacción química) o la adición de un acto humano o de una nueva situación capaz de influir mentalmente en el comportamiento o decisión de otro: causalidad material o causalidad psíquica, respectivamente. No es cierta por tanto la afirmación de que “no sabemos nada más preciso de la ‘fuerza operativa’ o ‘dinámica’ de la causalidad incluso en los delitos comisivos”<sup>84</sup>; conocemos perfectamente cuál es esa fuerza, ya de un modo aproximativo y sintético por la común experiencia (conocimiento general *grosso modo* de los procesos y las leyes causales), y en todo caso basta con consultar a físicos, químicos o tecnólogos, o a psicólogos en el caso del proceso de influencia mental o psíquica, para que expliquen exactamente cuál es esa energía o reacción que causa un resultado que modifica la situación anterior en el caso concreto. Pues bien, ***la no realización de una conducta debida***, que es lo que normativa/valorativamente calificamos como omisión de cumplir un deber, ***no tiene entidad real que suponga una fuerza o energía que irrumpa en el estado de cosas modificándolo y por ello no puede ser causa del resultado***, y la conducta, activa o excepcionalmente pasiva, realizada en vez de la debida tampoco ha causado para nada el resultado, de modo que éste ha sido causado por otro factor natural o humano que lo ha producido modificando el estado de cosas.

---

<sup>83</sup> Toda esta posición y argumentación mía que sigue a continuación, ya en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.<sup>a</sup> 2016, 31/17-21; Libt 6 2017, 165 ss.; RDP 2017-2, 75 ss.; LH-Mir, 2017, 689 s.; GA 2018, 524-526.

<sup>84</sup> Así ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/42 en relación con la causalidad de la omisión, donde se remite a esa misma afirmación suya en AT I, 3.<sup>a</sup> [PG I, 1997], § 11/4.



Y hay un segundo argumento decisivo que confirma plenamente lo anterior<sup>85</sup>: si de verdad se puede afirmar que una omisión es causa de un resultado porque la realización de la conducta salvadora debida y omitida habría evitado el resultado, entonces **eso mismo se podría predicar de cualquier omisión pura o propia** como la omisión de socorro o la omisión de impedir delitos y por tanto ésta **sería igualmente causa del resultado**, pues *si se hubiera prestado la conducta de auxilio o de avisar a la autoridad, el resultado lesivo no se habría producido*<sup>86</sup>, con seguridad o con enorme probabilidad<sup>87</sup>. Y entonces no se entiende por qué las conductas de omisión propia, si también causan el resultado típico con independencia de que haya o no posición de garante en el autor, no se consideran asimismo de comisión por omisión del delito de resultado.

Con tal planteamiento la concurrencia de posición de garante, o bien debería crear únicamente un tipo cualificado o agravado en el delito comisivo (comisivo si se sostiene que ya causa el resultado el no impedirlo pudiendo por no cumplir el deber de actuar para salvar o para evitarlo, aunque sea un deber general sin posición de garante), o si por el contrario se sigue considerando imprescindible la posición de garante para la omisión impropia, entonces curiosamente la posición de garante no sería elemento fundamentador de la comisión por omisión, sino un elemento restrictivo, cuya no presencia impediría que la omisión que en sí misma ya es causa del resultado sea tratada como comisión por omisión de ese tipo de resultado –sin que estuviera claro por qué había que imponer ese límite que no se impone a las conductas de causación activa–<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Este argumento que sigue en este párr y el sig., ya en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/19 (2.º)-20; Libt 6 2017, 166 s.; RDP 2017-2, 76 s.; LH-Mir, 2017, 689 s.; GA 2018, 525 s.

<sup>86</sup> Y efectivamente algunos hablan de causalidad en general de cualquier omisión, y no sólo de la impropia: así RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1977, 305-307, dentro del ap. III.1: “El valor causal de la omisión. La omisión como condición negativa” y sólo en el ap. III. 2 (307 ss.) comienza a ocuparse de la comisión por omisión; igual ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2012], § 31/42 ss., que, aunque en todos los ejemplos se está refiriendo a la omisión impropia, realmente defiende que hay esta causalidad en todo delito de omisión: toda su argumentación se encuadra en el § 31 dedicado al delito de omisión en general y dentro del ap. V: “La causalidad en la omisión”. Cfr. para citas de más autores en la doc. alemana SILVA, El delito de omisión, 1986, 361 n. 336-337; GRECO, ZIS 2011, 674 ss., passim; Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impropios, 2018, passim.

<sup>87</sup> Y si no se diera el grado de probabilidad necesario, no habría consumación, pero sí tentativa si la actuación fuera dolosa: cfr. entre otros JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 3 (JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 III 3); ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2012], § 31/48 ss.

<sup>88</sup> De modo similar señala SILVA, El delito de omisión, 1986, 362, como crítica a las teorías que sostienen la causalidad de la omisión, que “si se afirma que toda omisión es causal como las realizaciones activas, no se entiende la ulterior limitación que surge de la noción del deber jurídico de evitación del resultado o similares”; y ya en 361 que esas teorías “no pueden eludir la objeción de que, si la omisión (toda



2) Por tanto, **en la omisión impropia no hay relación causal con el resultado típico** –*igual que no la hay en la omisión propia*–, resultado que siempre ha sido causado por la intervención positiva de otro factor natural o humano. Pero **sí puede y debe haber** para el delito consumado imputación jurídica, es decir **imputación objetiva de ese resultado a la omisión impropia**<sup>89</sup> equivalente a la comisión activa: tiene que haber imputación objetiva de la conducta omisiva, es decir, creación o aumento de un riesgo o peligro relevante; y además tiene que haber imputación objetiva de la producción del resultado como realización del peligro de esa omisión.

### 3. Imputación objetiva (jurídica) del resultado sin causalidad desde la equivalencia valorativa con la causación activa.

#### a) *Imputación objetiva de la conducta omisiva*

Tiene que haber **imputación objetiva**, en primer lugar, **de la conducta omisiva**, es decir, el mismo criterio que en los delitos comisivos supone la adecuación, o sea, la creación de un riesgo o peligro relevante; en la comisión por omisión ese es precisamente desde el punto de vista aquí defendido el criterio decisivo de equivalencia con la comisión activa: que desde un baremo socio-normativo pueda afirmarse que *la propia omisión crea ex ante un peligro* prácticamente inexistente o conjurado hasta el momento *o que, al descontrolarlo o no afrontarlo, la omisión incrementa, aumenta un peligro* (crea más peligro que el) ya existente pero *que se daba por seguro que estaba controlado*<sup>90</sup> *o suficientemente enfrentado*: v. *infra* VI.1.-4.

---

omisión que determina la no evitación del resultado) es causal en idéntica medida que la comisión activa, no se concibe por qué en este último caso basta con la causalidad, en principio, para dar lugar a la responsabilidad y en la omisión, en cambio, se hace preciso integrarla con un complemento más ... – infracción del deber especial...–”.

<sup>89</sup> Así tb. actualmente la doc. dom.: v. *infra* n. 91.

<sup>90</sup> Destacando que ese es el primer criterio de la imputación objetiva (de la conducta) LUZÓN PEÑA, GA 2016, 277; Lecc PG, 3.ª 2016, 31/22; Libt 6 2017, 167; RDP 2017-2, 78; LH-Mir 2, 2017, 690; GA 2018, 526. Igualmente SILVA, CPC 1989, 377 n. 42, tras decir que si en la comisión activa hay creación naturalística del riesgo, el supuesto de comisión por omisión (por incumplimiento del compromiso de control) “puede calificarse de verdadera ‘creación normativa del riesgo’”, añade que ello le obliga a discrepar de HUERTA, Problemas fundamentales, 1987, 174 n. 559, 91 n. 269, cuando ésta critica a MIR y a mí la inclusión del concepto de riesgo en la cuestión de la equiparación alegando que dicho concepto pertenece a la esfera de la imputación objetiva del resultado, y discrepa porque –señala con razón SILVA– “una cosa es el riesgo *ex ante*, al que estos autores... aluden y que desde luego constituye el núcleo sistemático del problema de la equiparación, y otra el incremento del riesgo *ex post*, que conforma un criterio –discutido– de imputación del resultado a una conducta *ex ante peligrosa*”; similar RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, 2005, 116. También ROSO, La autonomía del delito comisivo omisivo, ForFICP 2017-1, 242 s., coincide con mi propuesta de entender la creación o aumento del peligro por su descontrolamiento como criterio normativo de imputación objetiva. Por cierto

**b) Imputación objetiva del resultado. La polémica sobre el grado de probabilidad o seguridad de que la acción debida y omitida impediría el resultado**

Y además tiene que haber *imputación objetiva de la producción del resultado*<sup>91</sup> como realización del peligro de esa omisión. Y aquí es donde entra en juego la discusión sobre el grado de probabilidad o seguridad con el que la acción debida habría impedido el resultado<sup>92</sup>: y ya hemos visto *supra* III.2. b4) que la doc. dom. tanto científica como jurisprudencial requiere para la imputación (según algunos, incluso para la relación causal) una *probabilidad rayana en la seguridad o certeza de que la acción requerida habría evitado el resultado*<sup>93</sup>; si no la hay, sólo habrá tentativa en caso de dolo e

---

que tb. RENGIER, AT, 12.ª 2020, § 49/24, al referirse a la imputación objetiva en el delito omisivo impropio, dice que “en el resultado ha de realizarse *el peligro, que ha creado* el autor mediante *la omisión* contraria a deber de la acción salvadora requerida” (subrayado añadido); pero no extrae de ahí más consecuencias para limitar el campo de las omisiones creadoras del peligro, porque en el examen (§ 49/30 ss.) de la “cláusula de correspondencia” dice que esta carece de relevancia para el delito de resultado y que hay omisión impropia en cuanto un garante no evita el resultado, con lo que tácitamente considera que toda omisión de garante es creadora del peligro.

<sup>91</sup> Así la doc. dom. en la época moderna: entre otros STRATENWERTH, FS-Gallas 1973, 237 ss.; AT, 4.ª 2000, § 13/52 ss.; OTTO, JuS 1974, 708; AT, 7.ª 2004, 9/99; RUDOLPHI, SK, 2.ª 1977/7.ª 2000, § 13/16-16a; SCHÜNEMANN, StV 1985, 229 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 573, 584 s.; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 2-3; BRAMMSEN, MDR 1989, 123 ss.; JAKOBS, AT, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 19/20, 29/19 ss.; ; FREUND, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, 39 ss.; MK, 1.ª 2003 a 4.ª 2020, § 13/202 ss.; BUSTOS, Manual PG, 4.ª 1994, 387; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 III 4; LUZÓN PEÑA, Curso PG I; 1996, 358; GA 2016, 277; Lecc PG, 3.ª 2016, 15/6, 31/22; Libt 6 2017, 167; RDP 2017-2, 78; LH-Mir 2, 2017, 690; GA 2018, 526; KÖHLER, AT, 1997, 229; CEREZO, Curso, III, 2001, 270; PG, 2008, 990; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.ª 2002, 583 ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/46 ss.; KÜHL, AT, 5.ª 2005, 8.ª 2017, 18/39; VILLAVICENCIO, PG, 2006, 660 ss.; T. WALTER, LK I, 12.ª 2006/07, antes del § 13/86; RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad, 2005, 113 ss., 148 ss.; RDMCP 5 2013, 398 ss.; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª, 2007, 931; MORILLAS, PG II-1, 2008, 149 ss.; Sistema PG, 2018/2021, 417 ss.; FIANDACA/MUSCO, PG, 6.ª 2009, 599-60, 7.ª 2014, 633 (denomina tb. causalidad en sentido normativo o equivalente normativo a la causalidad); BERDUGO/ARROYO/ET AL., Curso PG, 2.ª 2010, 243 s.; DONNA, PG, VI, 2010, 198 ss.; PÉREZ ALONSO, en Zugaldía (dir.), Fund PG, 4.ª 2010, 479 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª 2010, § 13/54; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.ª 2013, § 13/11 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, 30.ª 2019, § 13/63 i.f.; QUINTERO/MORALES, PG, 5.ª 2015, 453, 456; MIR, PG, 10.ª 2015/2016, 12/82; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.ª 2016, 158; FREUND, MK StGB, 3.ª 2017, § 13/213 ss.; GAEDE, NK, 5.ª 2017, § 13/11 ss.; WEIGEND, LK StGB, 13.ª 2019 (y 12.ª 2007), § 13/71 s.; Díez RIPOLLÉS, PG, 5.ª, 2020, 255 s.; FRISTER, AT, 9.ª 2020, 22/26; LANDECHO/MOLINA, PG, 11.ª, 2020, 306; RENGIER, AT, 12.ª 2020, § 49/24; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.ª 2020, nm. 1203.

<sup>92</sup> Tratando muy ampliamente la discusión sobre este grado de probabilidad como requisito de la imputación objetiva del resultado, además de las citas de n. sig., cfr. especialmente ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2012], § 31/46 ss.; RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, 2005; RDMCP 5 2013, 398 ss.; MIR, PG, 10.ª 2015/16, 12/79 ss.; LUZÓN PEÑA, Libt 6 2017, 170 ss.; RDP 2017-2, 82 ss., anticipando ya lo que expongo a continuación y mi propia posición.

<sup>93</sup> Como ya anticipé *supra* II.2. b4) y n. 76-77, un sector lo formula como requisito para la causalidad, otro como requisito para la imputación objetiva del resultado. Así como requisito de la causalidad entre otros, WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 212; MAURACH, AT, 4.ª 1971, § 45 III B, 503; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 18.ª 1975/26.ª 2000, § 13/61; BAUMANN, AT, 8.ª 1977, 248; BLEI, AT,

impunidad en caso de imprudencia: para más detalles v. *infra* III.3. d-e.

Así p. ej. en la jurisprud. alemana la sent BGH 3.5.1984 (4 StR 266/84), en: StV 1985, 229, ante el supuesto de un marido que no llevó al hospital a su mujer, a la que sin dolo de matar había dado una brutal paliza, y ésta resultó muerta a causa de las lesiones, no aprecia homicidio doloso por omisión consumado, sino sólo tentativa, aunque con una operación inmediata habría habido algunas posibilidades de supervivencia, dado que no constaba con seguridad o una altísima probabilidad rayana en la seguridad que la intervención médica habría impedido la muerte; y por esa misma razón BGH, NJW 1987, 2940, tampoco condenó por homicidio imprudente al médico que con negligencia inconsciente omite la radioterapia a un paciente con cáncer que murió, porque había solamente un 90% de probabilidad de que ese tratamiento hubiera salvado su vida<sup>94</sup>.

Pero existe discusión al respecto. En efecto, un sector minoritario<sup>95</sup> aplica a la omisión impropia el criterio del incremento (o aumento) del riesgo –por una hipotética

---

18.<sup>a</sup> 1983, 316; Jescheck, AT, 4.<sup>a</sup> 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 III 4, con citas de jurisprud. (ya RG 51, 127; 75, 49; 75, 372); WESSELS, AT, 22.<sup>a</sup> 1992, § 16 II 3; BACIGALUPO, Principios, 5.<sup>a</sup> 1998, 403; ENGLÄNDER, JuS 2001, 960 s.; MORILLAS, PG II-1, 2008, 152; Sistema PG, 2018/2021, 419; MARINUCCI/DOLCINI, PG, 6.<sup>a</sup> 2017, VI/10.5.3-5.5 (para cursos causales provocados por factores naturales o mecánicos); FISCHER, StGB, 66.<sup>a</sup> 2019, antes del §13/39; FRISTER, AT, 9.<sup>a</sup> 2020, 22/25; RENGIER, AT, 12.<sup>a</sup> 2020, § 49/13. Como requisito de la imputación objetiva entre otros SCHÜNEMANN, StV 1985, 229 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.<sup>a</sup> 1986, 585; JAKOBS, AT, 2.<sup>a</sup> 1991 [PG, 2.<sup>a</sup> 1997], 19/20; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.<sup>a</sup> 1996 [PG, 5.<sup>a</sup> 2002], § 59 III 4; CERESO, Curso, III, 2001, 270; PG, 2008, 990; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.<sup>a</sup> 2002, 583; KÜHL, AT, 5.<sup>a</sup>, 2005, 18/39; T. WALTER, LK I, 12.<sup>a</sup> 2006/07, antes del § 13/86; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.<sup>a</sup> 2013, § 13/15; CARBONELL, CPC 2014, 21 ss. (pero exige no comprobación *ex post* sino aptitud de la acción debida *ex ante* para impedir el resultado con probabilidad rayana en la certeza o más allá de toda duda razonable); MIR, PG, 10.<sup>a</sup> 2015/2016, 12/82; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.<sup>a</sup> 2016, 158; FREUND, MK StGB, 3.<sup>a</sup> 2017, § 13/213 (con reservas), 221: equivalente a “prácticamente seguro”; GAEDE, NK, 5.<sup>a</sup> 2017, § 13/15; LUZÓN PEÑA, Libt 6 2017, 170 ss.; RDP 2017-2, 82 ss.; WEIGEND, LK StGB, 13.<sup>a</sup> 2019 (y 12.<sup>a</sup> 2007), § 13/71 s.; Díez RIPOLLÉS, PG, 5.<sup>a</sup>, 2020, 255 s.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.<sup>a</sup> 2020, nm. 1203. TS 1538/2000, de 9-10; 1251/2006, de 12-12. Sobre la jurisprud. alemana en este sentido (en la causalidad y posteriormente tb. en la imp. objetiva), desde RG 51, 127; 75, 49; 75, 372; BGH 37 106 ss., 127; 59 292 ss., 302; BGH NStZ 1987, 505; BGH NJW 2000, 2754, 2757, NStZ 2000, 583; BGH NStZ 2007, 469; BGH NJW 2010, 1087, 1091, cfr. JESCHECK, AT, 4.<sup>a</sup> 1988 [Tratado PG, 1981] y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.<sup>a</sup> 1996 [PG, 5.<sup>a</sup> 2002], § 59 III 4; WEIGEND, LK StGB, 13.<sup>a</sup> 2019 (y 12.<sup>a</sup> 2007), § 13/72; FRISTER, AT, 9.<sup>a</sup> 2020, 22/25; RENGIER, AT, 12.<sup>a</sup> 2020, § 49/13-15.

<sup>94</sup> Sents. del BGH expuestas por por ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/47 (46 ss.); la primera además comentada por SCHÜNEMANN, StV 1985, 229 ss.

<sup>95</sup> Así STRATENWERTH, FS-Gallas 1973, 237 ss.; AT, 4.<sup>a</sup> 2000, § 13/52 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.<sup>a</sup> 2010, § 13/54; OTTO, JuS 1974, 708; AT, 7.<sup>a</sup> 2004, 9/99; RUDOLPHI, SK, 1.<sup>a</sup> 1975/7.<sup>a</sup> 2000, § 13/16-16a; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 603 s.; BRAMMSEN, MDR 1989, 123 ss.; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.<sup>a</sup>, 2007, 931, pese a reconocer en 930 argumentos a favor de la doc. dom.; GRECO, ZIS 2011, 676 ss.; Problemas de causalidad e imputação objetiva, 2018, 8 ss., *passim*. Cfr. ampliamente sus argumentos y los argumentos contrarios de la posición mayoritaria en ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/51-53; GRECO, cit. No obstante, el propio ROXIN no quiere aplicar su criterio del incremento del riesgo a la imputación en los delitos omisivos, sino que mantiene una posición intermedia: v. a continuación III.3 b y en n. 99.

conducta alternativa correcta– propuesto por ROXIN como criterio de imputación objetiva en los cursos causales hipotéticos para los delitos de comisión activa<sup>96</sup> (en la omisión *la disminución del riesgo*<sup>97 98</sup>), y sostiene frente a la doc. dom. que efectivamente basta que haya, no seguridad o casi seguridad, sino una posibilidad importante o relevante de que la conducta debida hubiera evitado el resultado, o sea una simple disminución del riesgo si se hubiera realizado la conducta requerida y omitida, para imputar el resultado: v. *supra* III.2. b4). Y el propio ROXIN defiende para la omisión impropia una *posición intermedia*<sup>99</sup>: habrá imputación del resultado si *ex post* es realmente verificable una disminución del riesgo con la acción requerida, que habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza, aunque pese a todo hubiera posibilidades de que el resultado se hubiera producido por otras circunstancias; pero si la disminución del riesgo con la acción omitida sólo parecía posible *ex ante*, pero no consta con probabilidad rayana en la seguridad que la acción debida hubiera influido en el curso causal y evitado el resultado, no habrá imputación.

**c) Valoración de los criterios al respecto y toma de posición**

A mi juicio es preferible la opinión de la doc. dom.:

En primer lugar, exigir para la imputación del resultado la total seguridad de que la actividad debida y no realizada habría evitado el resultado, como hace la posición minoritaria argumentando que es lo mismo que se requiere en la comisión activa – seguridad de que, si no se llevara a cabo la conducta, no se produciría el resultado y aduciendo además que conformarse para imputar con una probabilidad muy alta, rayana en la certeza, pero sin total seguridad–, supone vulnerar el principio *in dubio pro reo*<sup>100</sup>, es una posición inadecuada en su primera argumentación e injusta en su segunda

---

<sup>96</sup> Cfr. ampliamente sobre la discusión en torno a su criterio del incremento o aumento del riesgo en los delitos de comisión activa ROXIN, AT I, 4.ª 2006, § 11/88 ss.; PG I, 1997, § 11/72 ss. V. tb. una síntesis en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, § 15/95 ss.

<sup>97</sup> Precisan que esa debería ser la terminología adecuada en el delito omisivo BEULKE/BACHMANN, JuS 1992, (737 ss.) 743 n. 40; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/49; MORILLAS, PG II-1, 2008, 152 s.; Sistema PG, 2018/2020, 420; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.ª 2013, § 13/15; GAEDE, NK, 5.ª 2017, § 13/15. En contra criticándola T. WALTER, LK I, 12.ª 2006/07, antes del § 13/86: denominación “que induce a error”.

<sup>98</sup> Por cierto, que no se puede utilizar como sinónimo el criterio del “no incremento o no aumento del riesgo”, ya que el no incremento sería no sólo la disminución del riesgo, sino también la igualdad o estabilidad del riesgo, el que éste permaneciera igual o idéntico, y este criterio no se conforma con eso.

<sup>99</sup> Así ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/54 ss., 59 ss.

<sup>100</sup> Así argumentan los partidarios de esta posición cits. en n. 78: MEZGER, HERZBERG, KAHLO, JAKOBS, KÖHLER, TORÍO, GRACIA.

acusación: Es inadecuado exigir la misma seguridad o certeza que en la causación activa porque, como argumenta la doc. dom. sobre la cuestión de si la conducta debida y omitida habría evitado el resultado, como esa circunstancia es totalmente hipotética y no se ha producido en un curso causal real, no se puede predecir con absoluta seguridad<sup>101</sup>, sino con probabilidad mayor o menor y entonces se exige un grado altísimo de probabilidad en el límite con la seguridad. Y no es cierta la acusación de que ello vulnera el *in dubio pro reo*, ya que tal principio exige que el juez aplique la hipótesis más favorable al reo, que en este caso sería la no imputación objetiva del resultado a la omisión impropia, si tras la actividad probatoria subsiste una duda sobre los hechos insoluble, que no puede resolver; pero si la actividad probatoria, según la común experiencia o la información pericial le da al juez la práctica seguridad o una probabilidad tan elevada que es rayana en la certeza de que la actividad omitida habría impedido el resultado, entonces a eso se le llama cuasi-seguridad, ser “prácticamente seguro”<sup>102</sup>, y al juez ya no le queda una duda irresoluble sino que puede dar por probada<sup>103</sup> la realización en el resultado de la peligrosidad de esa omisión.

Y por otra parte para llegar a esa conclusión e imputar objetivamente el resultado hay que exigir esa seguridad práctica o al menos una altísima probabilidad rayana en la certeza y no parece suficiente simplemente constatar *ex post* que con la hipotética realización de la acción debida la evitación del resultado en el caso concreto habría sido más probable que con su omisión, pero sin llegar a la seguridad o cuasi seguridad de una elevadísima probabilidad rayana en la seguridad, como sostiene la teoría de la disminución del riesgo o aplicación a la omisión del criterio roxiniano del incremento del riesgo (*supra* III.2. b4, III.3. b, párr. 3.º), aplicación que sin embargo el propio ROXIN rechaza<sup>104</sup>. En efecto, pese a que los defensores de la teoría de la disminución del riesgo

---

<sup>101</sup> Argumentan así v. WEBER, *Grundriß*, 2.ª 1948, 61; WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª 1969, 212 s.; MAURACH, AT, 4.ª 1971 [PG, 1962], § 45 III B; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [Tratado PG, 1981] y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 III 4; CEREZO, *Curso*, III, 2001, 270; PG, 2008, 990; MIR, PG, 10.ª 2015/2016, 12/81; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en *Romeo/Sola/Boldova*, PG, 2.ª 2016, 158.

<sup>102</sup> Así tb. FREUND, MK StGB, 4.ª 2020, § 13/221, 213.

<sup>103</sup> Así tb. BAUMANN, AT, 8.ª 1977, 248; BAUMANN/WEBER, *Strafrecht*, AT, 9.ª 1985, 240.

<sup>104</sup> No deja de ser significativo que dos defensores de la teoría del aumento o incremento del riesgo en la comisión activa tan destacados como ROXIN, su creador, y SCHÜNEMANN no hayan querido aplicarla a los delitos de omisión impropia y el primero haya elaborado un criterio intermedio (como tb. se ha expuesto *supra* III.3. b, que prácticamente acaba coincidiendo con la doc. dom. Cfr. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/54 ss., 59 ss.; SCHÜNEMANN, JA 1975, 647 ss.; StV 1985, 229 ss., 233 (defendiendo por ello para los delitos de omisión el criterio general mayoritario).



o simple probabilidad alegan que lleva a una solución político-criminalmente más satisfactoria que la de exigir seguridad o casi seguridad, que impedirá en muchos casos apreciar delito consumado y llevará incluso (si no había dolo) a dar una absolución injusta a la indeseable conducta omisiva<sup>105</sup>, sin embargo, no estamos ante figuras delictivas basadas únicamente en el desvalor de la acción, como serían los delitos de peligro, los de consumación anticipada o la tentativa en la actuación dolosa, que justificarían esa valoración, sino que en los delitos omisivos impropios estamos (como regla absolutamente general) ante tipos de resultado lesivo, que requieren para su consumación no sólo el desvalor de acción, sino también un desvalor del resultado, con la imputación objetiva de un resultado desvalorado<sup>106</sup> y no obstante la teoría de la disminución del riesgo pretende indebidamente tratarlos como tipos de peligro o figuras que no requieren la producción del desvalor del resultado<sup>107</sup>. Aplicar esta teoría para castigar por delito consumado de resultado la conducta omisiva sí supone una vulneración del principio *in dubio pro reo* en los casos en que no haya prácticamente seguridad de que la acción debida habría impedido el resultado<sup>108</sup>: aquí sí se infringiría dicho principio al imputar el resultado producido a una omisión (impropia) cuando no haya certeza o una altísima probabilidad casi coincidente con la certeza de que la actuación omitida habría evitado el resultado, aunque con ella hubiera disminuido el riesgo de su producción (incluso en un

---

<sup>105</sup> Así p. ej. STRATENWERTH, FS-Gallas 1973, 237 ss.; AT, 4.<sup>a</sup> 2000, § 13/55; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.<sup>a</sup> 2010, § 13/54; OTTO, JuS 1974, 708; AT, 7.<sup>a</sup> 2004, 9/99; RUDOLPHI, SK, 2.<sup>a</sup> 1977/7.<sup>a</sup> 2000, § 13/16-16a; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.<sup>a</sup>, 2007, 931. Cfr. la exposición de ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/52 ss., 46 ss.

<sup>106</sup> Así tb. BACIGALUPO, Principios, 5.<sup>a</sup> 1998, 403; MIR, PG, 10.<sup>a</sup> 2015/2016, 12/82; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.<sup>a</sup> 2020, nm. 1203.

<sup>107</sup> Así lo critican p. ej. SCHÜNEMANN, JA 1975, 647 ss.; StV 1985, 229 ss., 233; BAUMANN, AT, 8.<sup>a</sup> 1977, 248; BAUMANN/WEBER, AT, 9.<sup>a</sup> 1985, 240; PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, 1993, 385 s.; HOYER, FS-Rudolphi, 2004, 95 ss.; T. WALTER, LK I, 12.<sup>a</sup> 2006/07, antes del § 13/86; MARINUCCI, FS-Maiwald, 2010, 494 ss.; RANSIEK, JuS 2010, 496; RENGIER, FS-Wolter, 2013, 208 ss.; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.<sup>a</sup> 2013, § 13/15; CARBONELL, CPC 2014, 24; FRISCH, La imputación objetiva del resultado, 2015, 98 s. (en general frente a toda la teoría del incremento del riesgo); FREUND, MK StGB, 3.<sup>a</sup> 2017, § 13/223; GAEDE, NK, 5.<sup>a</sup> 2017, § 13/15; AT, 12.<sup>a</sup> 2020, § 49/16; MARINUCCI/DOLCINI, PG, 6.<sup>a</sup> 2017, VI/10.5.3; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.<sup>a</sup> 2020, nm. 1203. Cfr. la exposición de ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/51, que parece compartirlo, puesto que rechaza aplicar la teoría del incremento/disminución del riesgo y formula (nm. 54 ss.) una teoría intermedia próxima a la doc. dom.

<sup>108</sup> Así lo critican p. ej. BAUMANN, AT, 8.<sup>a</sup> 1977, 248; BAUMANN/WEBER, AT, 9.<sup>a</sup> 1985, 240; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 18.<sup>a</sup> 1975/26.<sup>a</sup> 2000, § 13/61 (se impondría una pena por sospecha); PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, 1993, 327 ss.; T. WALTER, LK I, 12.<sup>a</sup> 2006/07, antes del § 13/86; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.<sup>a</sup> 2013, § 13/15; CARBONELL, CPC 2014, 24; crítica duramente que las dificultades derivadas del carácter hipotético conduzcan a abandonar la fórmula de tal teoría dominante “para abrazar otra con infinitamente menos garantías”; FRISCH, La imputación objetiva del resultado, 2015, 98 y n. 120 (en general frente a toda la teoría del incremento del riesgo); FREUND, MK StGB, 3.<sup>a</sup> 2017, 13/311, § 13/223 (pena por sospecha; y rechazando toda la teoría del incremento del riesgo); GAEDE, NK, 5.<sup>a</sup> 2017, § 13/15. Cfr. la exposición de ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/51, que parece compartirlo.



60, 70 u 80%), ya que pese a ello subsiste una duda, irresoluble para el juez, de si estará imputando a la omisión un resultado que es posible, incluso bastante posible (en un 20, 30 o 40 %) que sea la realización del peligro proveniente de otra causa o del curso del propio peligro preexistente y no de la peligrosidad *ex ante* que suponía la conducta omisiva impropia<sup>109</sup>.

Por poner un solo ejemplo, si una persona que tiene a su cargo en casa al otro cónyuge paralítico y totalmente desvalido, viendo que éste sufre un ataque de apoplejía, con intención de que muera no pide asistencia médica y efectivamente su cónyuge muere, pero los informes médicos dictaminan que una pronta intervención médica habría supuesto en ese caso sólo un 70 o 60 % de posibilidades de evitar la muerte –lo que no obstante desde luego implicaría una disminución del riesgo–, condenar al cónyuge por un homicidio doloso por omisión consumado, y no en tentativa, supondría imputar el resultado de muerte como si fuera la realización segura de la creación o aumento de peligro (desde la perspectiva normativa) que representó dicha omisión, pese a que hay nada menos que entre un 30 y un 40 % de posibilidades de que la muerte haya sido la realización del peligro letal inevitable que en ese caso conllevó la falta de riego sanguíneo de la apoplejía. Lo cual supone una solución inadmisibles, porque ante esa importante duda el juez ha de elegir *pro reo* la hipótesis más favorable de que el resultado de muerte era inevitable y no imputárselo a la omisión impropia dolosa, condenando por ello al cónyuge garante solo por tentativa de homicidio por omisión. Y si, variando sólo la parte subjetiva del hecho, el sujeto no hubiera tenido dolo de producir la muerte, sino que hubiera actuado solamente con imprudencia por no haberle dado importancia vital al ataque que sufre su cónyuge, al no poder el juez imputarle el resultado de muerte a su conducta omisiva no dolosa, no responde en absoluto por homicidio imprudente por omisión, ya que aquí no cabe la tentativa.

**d) *La no imputación del resultado por insuficiente probabilidad de que la acción debida evitaría el resultado; consecuencias***<sup>110</sup>

Cuando no haya imputación objetiva del resultado a la conducta omisiva impropia (que cumple los requisitos de imputación de la conducta indicados en a), es decir ser *ex*

---

<sup>109</sup> Tb. MIR, PG, 10.<sup>a</sup> 2015/2016, 12/82, exige para la imputación objetiva del resultado necesaria para una comisión por omisión consumada “que el riesgo creado (mejor no disminuido) se realice efectivamente en el resultado”; igual NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.<sup>a</sup> 2016, 158.

<sup>110</sup> Estos aps. d) y e) anticipados ya en LUZÓN PEÑA, Libt 6 2017, 173-175; RDP 2017-2, 86-88.

*ante* normativamente la omisión que crea o aumenta decisivamente el peligro) por no haber el suficiente grado de probabilidad o seguridad –distinto según la perspectiva mantenida, según la aquí sustentada por no haber seguridad o casi seguridad: una altísima probabilidad rayana en la certeza de que la actividad debida habría evitado el resultado<sup>111</sup>–, la consecuencia será diferente según que la conducta sea dolosa o no: como acabamos de ver, si no hay imputación objetiva del resultado a esa omisión impropia, sólo habrá tentativa de un delito de resultado en caso de dolo<sup>112</sup> e impunidad en caso de no haber dolo en la omisión, sino sólo imprudencia respecto de un delito de resultado, ya que esas son las consecuencias aplicables al haber sólo desvalor de acción (de una conducta omisiva objetivamente imputable como omisión impropia), pero no desvalor del resultado<sup>113</sup>. Sólo no habrá impunidad en tales casos si se producen en un sector de actividad humana en que la ley ha creado delitos de peligro; y también en el caso excepcional de que la omisión encajara en el tipo objetivo de un delito de omisión propia tipificada, como la omisión de socorro, y además hubiera dolo al menos eventual respecto de esa omisión propia –pues los Códigos no suelen castigar la omisión de socorro imprudente–, aunque no hubiera dolo respecto del delito comisivo de resultado.

Ejs.: recuérdense algunos supuestos antes citados: el caso (*supra* III.3. b, párr. 2.º) del marido que, tras dar una brutal paliza pero sin dolo de matar a su mujer, no la lleva al hospital y ésta resulta muerta a causa de las lesiones, aunque con una operación inmediata habría habido algunas posibilidades de supervivencia, dado que no constaba con seguridad o una altísima probabilidad rayana en la seguridad que la intervención quirúrgica inmediata habría impedido la muerte, donde BGH 3.5.1984 con razón no apreció homicidio doloso por omisión consumado, sino sólo tentativa; o el caso (*supra* III.3. c, párr. 3.º i.f.) del sujeto que, actuando solamente con imprudencia por no haberle

---

<sup>111</sup> Lógicamente el presupuesto será diferente para las otras perspectivas: para la posición minoritaria, no se imputará objetivamente el resultado cuando no haya total seguridad de que la conducta debida habría evitado el resultado, o sea, que basta con alguna posibilidad de que se hubiera producido incluso con la actividad debida para la no imputación objetiva; y para la posición de la teoría de la disminución del riesgo por la conducta alternativa (teoría del incremento del riesgo por la conducta alternativa en los delitos de comisión activa) no se imputará el resultado si *ex post* no se comprueba que la realización de la actuación debida habría supuesto una disminución considerable del peligro de producción del resultado.

<sup>112</sup> Así SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 18.ª 1975/26.ª 2000, § 13/61 (destacando que, aparte de tentativa, cabe tb. responsabilidad por omisión de socorro); BACIGALUPO, Principios, 5.ª 1998, 403; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/48; KÜHL, AT, 5.ª, 2005, 18/39; MIR, PG, 10.ª 2015/16, 12/82; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.ª 2016, 158. En la jurisprudencia alemana, BGH 14, 284; BGH, en StV 1985, 229, cits. por ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/47.

<sup>113</sup> Así SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 18.ª 1975/26.ª 2000, § 13/61 i. f.: “en tales casos se constata sólo el injusto del hecho de permanecer inactivo (injusto de la acción), pero no un injusto del resultado”.

dado importancia vital al ataque de apoplejía que sufre su cónyuge inválido, no pide asistencia médica y el cónyuge muere, pero los informes médicos dictaminan que una pronta intervención médica habría supuesto en ese caso sólo un 70 o 60 % de posibilidades de evitar la muerte, en cuyo caso no hay homicidio imprudente en comisión por omisión (consumado), y sería dudoso si había dolo o no respecto de la previa omisión de socorro.

*e) No imputación del resultado por producción del mismo por otra causa natural o humana*

Por otra parte, a diferencia de lo anterior no se plantea discusión cuando es no ya posible o probable, sino absolutamente seguro que la peligrosidad que por no efectuar la acción debida implicaba una omisión impropia no se ha realizado en la producción del resultado, por constar con certeza que éste se ha debido exclusivamente a otra causa: Si pese a haber en principio una omisión equivalente a la comisión activa que creara un peligro que podría haber desembocado en el resultado, éste se produce por irrumpir de pronto una causa material natural (o humana) ajena al primer proceso (y así consta con seguridad), naturalmente el resultado se imputa a esa causa y no será imputable a la omisión como realización del peligro de ésta. Así en el caso de la STS 117/1994, 28-1, donde una mujer deja al marido enfermo unos días sólo en la casa sin poder renovar la medicación perentoria y al volver una semana después el marido estaba muerto; pero la defensa demostró que había muerto de un ataque fulminante al corazón, así que el tribunal la condenó sólo por tentativa de asesinato. Lo mismo ocurriría si en un caso así al enfermo abandonado por su cónyuge en situación de total desvalimiento no obstante le causara la muerte la intervención de un tercero, dolosa –p. ej. si penetra un ladrón en la casa y dispara mortalmente contra él– o imprudente –p. ej. si en el mismo supuesto el ladrón que ha invadido la casa le causara sin querer la muerte al taponarle las vías respiratorias para que no gritara–.

#### **4. Posición de garante o garantía y deber jurídico especial de garante**

La posición de garante o deber jurídico especial de evitación ha sido una exigencia doctrinal prácticamente unánime para restringir el círculo de autores cuya omisión de evitar un resultado típico es mucho más grave que la del ciudadano cualquiera y se ha considerado imprescindible para poder imputarle al garante el resultado como si lo hubiera causado con su actividad. No obstante, como veremos *infra* IV.1., puede haber

como *excepción* a la regla general *supuestos de comisión por omisión sin una posición o deber específico de garante*.

Pero efectivamente la posición de garante es condición normalmente necesaria, pero desde luego no suficiente de la equivalencia de una omisión con la comisión activa: pues como veremos (*infra* V.B.2., VI), sólo hay equivalencia si socio-normativamente se puede afirmar que las reglas sociales dan por seguro, por descontado, que estando presente esa persona no hay peligro o el peligro está totalmente controlado o el bien jurídico está seguro y protegido (y por eso la omisión crea o descontrola y con ello aumenta decisivamente el peligro); y esa expectativa de seguridad por las normas sociales por regla totalmente general requiere como mínimo que estemos ante un garante, aunque a continuación haya que restringir aún más dentro de los garantes, pero desde luego no se puede dar esa seguridad de control del riesgo frente a los ciudadanos corrientes que no tienen un deber jurídico especial de garantizar que no se producirá el resultado (solamente hay alguna excepción en los supuestos de omisión impropia sin posición de garante indicados *infra* IV.1.).

##### **5. Equivalencia (o, según los ordenamientos, correspondencia) con la causación activa o comisión activa: exigencia de la tipicidad aun sin consagración expresa en un precepto de la PG**

La tipicidad de un delito comisivo y el respeto al principio de legalidad requieren que la omisión del garante sea subsumible dentro de la descripción legal de ese delito comisivo de resultado. Ello desde luego era así antes de la introducción en la PG de algunos CP como el español o el alemán de cláusulas que expresamente consagran y regulan la comisión por omisión, y es así sin duda en los ordenamientos que no contienen dichas cláusulas generales; por lo cual la conducta omisiva, para encajar en un tipo comisivo de resultado, tiene que equivaler exactamente a la causación activa (razón por la cual ha habido posiciones que, negando que se dé esa equivalencia, han considerado que admitir la comisión por omisión sería vulnerar el principio de legalidad criminal: v. *supra* II.2.). Pero es que además, tras la introducción en el CP español de 1995 de la cláusula general sobre comisión por omisión del art. 11, éste no se conforma con un deber jurídico especial de garante, sino que exige además equivalencia con la comisión activa: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación”. Con una fórmula

similar el § 2 del StGB austríaco de 1974 requiere que la omisión de evitación del resultado por el especialmente obligado “sea equiparable a” la realización activa del tipo legal. Y la cláusula paralela del § 13 del Código alemán, introducida en 1969 en una nueva PG del StGB que entró en vigor en 1975, sin llegar a exigir equivalencia estricta, como inicialmente exigían los proyectos de reforma, requiere al menos “correspondencia”: que la omisión del garante además se corresponda con la comisión activa<sup>114</sup>.

El origen de la cláusula española de la regulación general de la omisión impropia exigiendo equivalencia del art. 11 CP 1995 está en el art. 10 de los BAP 1990, AP 1992 y P 1992 (art. que no mencionaba el deber jurídico especial: “Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión pero, en este caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido el texto de la Ley, a su causación”) y más aún en el art. 11 del AP 1994 y P 1994 (“Los delitos que consistan en la producción de un resultado podrán entenderse realizados por omisión sólo cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación”), prácticamente idéntico a la primera parte del precepto finalmente contenido en el CP actual; en cambio el P 1980 y el AP 1983 no habían incluido un precepto así. El art. 11 ciertamente se inspira en su primera parte en el modelo de los StGB alemán y austríaco, pero inclinándose por la equiparación requerida en el segundo y más aún, de modo muy loable por la total equivalencia según el sentido del tipo legal, no conformándose con el deber especial de garante, y sin posibilidad de atenuación de la pena.

Pero a esos textos de los citados Anteproyectos y Proyectos el art. 11 CP 1995 desafortunadamente le añadió un segundo inciso que reza: “A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: / a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. / b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien

---

<sup>114</sup> En efecto, como expone ROXIN, AT II, 2003 (PG II, 2014), § 32/221 s. (en 218 bajo la rúbrica “*Die Entsprechungsklausel*”: “La cláusula de la correspondencia”), en 1968 la Comisión especial de reforma del Derecho penal sustituyó en el nuevo § 13 ap. 1 el requisito de ser “equivalente” a la comisión mediante hacer, que figuraba en los proyectos de 1959, 1960 y 1962, por el de que la omisión “se corresponda con” (*entspricht*) dicha comisión activa; y ello se hizo de modo plenamente consciente, porque al mismo tiempo se introdujo un ap. 2 con la posibilidad de atenuación facultativa de la pena, lo que significa que, si se atenúa, ello estaría en abierta contradicción con la equivalencia con el hecho comisivo activo “correspondiente”.

jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”. Esta segunda parte, añadida en 1995 al proyecto inicial, que no la contenía<sup>115</sup>, ha sido objeto de múltiples críticas<sup>116</sup>. Y en efecto no es acertada: Primero porque utiliza la teoría formal de las fuentes de posición de garante en su versión más antigua, y no menciona otras muchas posiciones de garante actualmente reconocidas o discutidas. (Sin embargo, tiene un aspecto positivo: que aclara que hay deber jurídico especial de actuar en caso de ingerencia, donde no estaba totalmente claro que hubiera un deber jurídico de actuar, mientras que en la ley y el contrato el deber jurídico es indudable). Además puede introducir la duda de si para el CP esos tres son los únicos deberes jurídicos de garantía, como interpreta algún autor<sup>117</sup>; aunque esa interpretación no es en absoluto obligada, pues la redacción legal no dice en absoluto que sean los únicos supuestos, de modo que hay que reconocer que existen otros muchos deberes jurídicos especiales, a los que alude el inciso primero<sup>118</sup>.

Pero sobre todo, la mala redacción añadida por la 2ª parte del art. 11 en el CP 1995 en su literalidad parece dar a entender que toda omisión de evitar un resultado si el deber de garante deriva de ley, contrato o ingerencia se equipara *eo ipso* a la causación activa y es por ello comisión por omisión, cuando eso no es cierto porque hay muchos casos de esas omisiones de garante que sin embargo sólo son omisiones propias de mayor gravedad

---

<sup>115</sup> La redacción inicial del proyecto del CP fue modificada añadiendo dicho inciso 2º al aceptarse durante su tramitación parlamentaria una enmienda del grupo parlamentario del PNV; así lo señalan MACIÁ GÓMEZ/ROIG ALTOZANO, Nuevo CP de 1995, 1996, 52; VIVES, Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 528; DOPICO, Omisión e ingerencia, 2006, 700.

<sup>116</sup> VIVES, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 528, destaca que la inclusión de un segundo inciso en el art. 11 “ha provocado un aluvión de críticas”. Así lo han criticado efectivamente todos los que proponen interpretaciones correctoras restrictivas del tenor legal *cits. infra* en n. 120. Una enumeración de las críticas más acerbas puede verse en DOPICO, Omisión e ingerencia, 2006, 706 (con citas del TS, Gimbernat, Mir, Silva, Huerta y Bacigalupo). No obstante, como lamentablemente tantas veces ocurre con las regulaciones legales desafortunadas y mayoritariamente criticadas, ello no ha servido para que en las modificaciones sin número experimentadas por el CP 1995 desde su aprobación se aprovechara alguna para suprimir el inciso 2.º o al menos cambiar su redacción explicando simplemente que en esos tres supuestos de ley, contrato o ingerencia hay un deber jurídico especial de actuar.

<sup>117</sup> Así VIVES, Coment I, 1996, 86; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 529 s.; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp PG, 8.ª 2019, 244 s.; DOPICO, Omisión e ingerencia, 2006, 705-707; parece compartir esta posición MORALES, en Quintero/Morales, Coment CP, 7.ª 2016, 137 s.

<sup>118</sup> Así lo señala expresamente p. ej. SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fund., 1997, 68; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 462 s., poniendo el ejemplo de la posición de garante por asunción fáctica del compromiso de protección, en el que hay indudable equivalencia aunque no encaje en ninguno de los tres supuestos citados en el art. 11. Y la gran mayoría de la doc. española reconoce, como ocurre en otros países, otros deberes de garante distintos de los tres de las tradicionales fuentes formales recogidas por el inciso segundo del precepto.



y ello lo reconoce en otros preceptos de la Parte especial el propio CP<sup>119</sup>: así lo reconoce en el art. 195.3 para la omisión de socorro agravada del ingerente causante del accidente que produce una víctima en grave peligro, o en el 189.6 para el encargado de un menor o discapacitado que no impide su prostitución o corrupción, o en el art. 407.1 para un garante legalmente obligado, autoridad o funcionario que abandona su destino para no impedir delitos o ciertos delitos muy graves y sin embargo no es castigado como autor o participe por el delito no impedido, sino por una omisión propia ciertamente más grave que la del art. 408 (omisión de perseguir delitos por el funcionario obligado). Ello **obliga a una interpretación correctora** y restrictiva de la misma, entendiendo que también la **omisión de los deberes especiales de garante por ley, contrato o ingerencia sigue sometida al requisito general de la equivalencia**, como ha propuesto buena parte de la doctrina<sup>120</sup>. Por tanto, la 2ª parte del art. 11 debe entenderse en el sentido de que *en esos tres supuestos la ley considera que se da sin necesidad de interpretación* el primer requisito para la imputación del resultado, o sea *el deber jurídico especial* y con él el *primer presupuesto de la equiparación*; pero que también en esos tres casos para la comisión por omisión será precisa la exigencia general del primer inciso de equivalencia según el sentido del tipo legal con la causación activa, y si no se da la equivalencia, no habrá comisión por omisión<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Así argumentan igualmente GIMBERNAT, Prólogo a CP, Tecnos, 2.ª 1996, I.1; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 417 s.; SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fund., 1997, 67; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 462; DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 696; que ponen tb. el ejemplo de la omisión de socorro del causante del accidente del art. 195.3 y el del art. 189.2 (hoy 189.6, o sea el encargado de un menor o incapaz que no impide su prostitución), y el primero añade el ej. del art. 329.1: autoridad o funcionario competente que no inspecciona o silencia en su inspección actividades contaminantes.

<sup>120</sup> P. ej. SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fund., 1997, 67 ss.; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 461 ss.; GIMBERNAT, Prólogo a CP, Tecnos, 2.ª 1996, I.1; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 417 s.; VIVES, Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 528 s.; CEREZO, Curso III, 2001, 266; PG, 2008, 986 (en ambas eds. propugna “una interpretación teleológico-restrictiva del precepto” exigiendo además de los deberes jurídicos especiales formales la asunción real de posiciones materiales de garante de protección o de control); DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 696-707, 803; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 149 s.; MORALES, en QUINTERO/MORALES, Coment CP, 7.ª 2016, 137 s.; LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/30; Libt 6 2017, 178 s.; RDP 2017-2, 92 s.; ForFICP 2021-3, 58 s.

<sup>121</sup> Nótese que la (defectuosa) redacción del inciso 2º **no dice que en esos tres supuestos la omisión “equivaldrá** según el sentido del texto de la ley” a la causación del resultado (que, si lo dijera, sí significaría que en esas tres de clases de deberes de garante la ley ya hace una aclaración de equivalencia que no sucede en otros deberes jurídicos especiales, aunque a continuación se daría la contradicción con regulaciones de signo contrario en la PE), sino **sólo dice que “se equiparará a la acción”**. Siendo así, y dado que la propia ley penal pone de manifiesto en diversos preceptos de la PE que algunas omisiones de garantes legales, contractuales o por ingerencia previa no equivalen a la causación activa, la fórmula “se equiparará a la acción” ha de **interpretarse** en el sentido de **que en los deberes de garante legales, contractuales o por previa ingerencia la omisión es equiparable en principio**, o sea que cumple en principio el primer

## 6. Requisitos peculiares de los supuestos de comisión por omisión expresamente previstos legalmente en la Parte especial

En los supuestos de comisión por omisión expresamente descritos como equiparados a la comisión activa en algunos preceptos de la Parte especial los requisitos no tienen por qué coincidir exactamente con los que acabamos de analizar para la omisión impropia simplemente subsumible en un tipo comisivo de resultado, sino que obviamente serán los requisitos que exija el correspondiente tipo específico. Así p. ej. en el allanamiento de morada pasivo equiparado al activo en el art. 202 no se requiere una posición de garante en quien omite abandonar la vivienda ajena cuando es requerido y además es discutible que produzca un resultado distinto de la conducta omisiva, aunque ésta lesiona igual que el allanamiento activo la intimidad domiciliaria y la libertad de disposición del morador; o en la omisión por una autoridad o funcionario de impedir que otras personas torturen, equiparada por el art. 176 a las propias torturas, sí hay posición de garante, pero la omisión no equivaldría exactamente, si no fuera por la equiparación legal expresa, a la causación activa de las torturas.

## 7. Autoría y participación en comisión por omisión

### a) *Posibilidad de distinción entre autoría y participación en la comisión por omisión. Su negación por los conceptos unitarios de autoría o de cooperación*

Es perfectamente posible distinguir entre autoría y participación por omisión (igual que podría ser activa). La autoría de un delito en comisión por omisión presupone, igual que en los delitos comisivos normales, que la conducta del sujeto realice el tipo del delito de resultado, lo que requiere dominio del hecho –excepto en supuestos excepcionales de algún delito de infracción de deber–; mientras que la participación (cooperación) por omisión no realiza, sino que sólo favorece la realización del tipo por otro autor. Sin embargo, esa forma de distinción la niega la posición que cree inaplicable (por

---

requisito para la imputación, el de infringir inequívocamente un deber jurídico especial de impedir el resultado; pero a continuación habrá que **examinar si se cumple el segundo y decisivo requisito** especificado en el inciso primero, **el de la propia equivalencia, que no tiene sentido** –ni es la interpretación axiológicamente más conveniente– **considerar derogado y convertido por el inciso 2.º en prácticamente inaplicable para una parte enorme** de las posiciones de garante. Destacan tb. esta argumentación para apoyar la interpretación restrictiva SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fund., 1997, 67; Art. 11, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 461 s.; VIVES, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 528: evitar “una inadmisibles *interpretatio abrogans* del inciso primero”; DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 698 (igual que Vives, pero sin citarlo); MORALES, en Quintero/Morales, Coment CP, 7.ª 2016, 137 s.

incompatible) el dominio del hecho a los delitos omisivos, por creer que el dominio del hecho requiere dominar mediante actividad un curso causal material, lo que no se da en la omisión<sup>122</sup>, con lo que en consecuencia se defiende un concepto unitario de autoría en todo garante que omita cumplir su deber especial (salvo algunos que aplican un criterio de distinción diferente). Ello no es correcto porque, como vamos a ver a continuación, sí cabe dominio o determinación objetiva del hecho en la comisión por omisión para caracterizar a la autoría, distinta de la simple participación por omisión; v. ampliamente *infra* III.7. a, b1), VI.4. y 5. a.

Un sector, que parte igualmente de la inaplicabilidad del dominio del hecho, mantiene una teoría de distinción según la clase de la posición de garante o de deber (“teoría del contenido del deber”): Si el sujeto infringe un deber de garante de protección o de protector (de un bien jurídico frente a cualquier peligro) es siempre autor si no impide que un tercero lesione ese bien jurídico, y en cambio si infringe un deber de garante de supervisión y control de una fuente de peligro es siempre sólo cooperador si no impide que un tercero utilice esa fuente de peligro de modo lesivo<sup>123</sup>. Esta posición no es convincente, en primer lugar porque si un tercero responsablemente realiza activamente el delito es el único que domina o en caso de imprudencia determina objetivamente el hecho, y el garante omitente, sea de la clase que sea, no posee esta circunstancia y por ello no puede ser autor (salvo en el caso excepcional de que se trate de un puro delito de infracción de deber), y en segundo lugar porque, aun suponiendo que en los delitos omisivos el criterio general de autoría fuera la mera infracción de ciertos deberes, no

---

<sup>122</sup> Ciertamente, como hemos visto (III.2. c), en la omisión no hay auténtica causalidad con el resultado, salvo para las posiciones minoritarias que defienden una causalidad hipotética o negativa o una causación conforme a las leyes naturales: v. *supra* III.2. b2). Estas posiciones que no admiten el dominio del hecho en la omisión impropia suponen el mismo tipo de argumentación que la posición finalista que niega el dolo en toda omisión por no haber control o supradeterminación de un curso causal: v. críticamente ya LUZÓN PEÑA, PG, 3ª 2016 30/40 s.

<sup>123</sup> Así lo formuló SCHRÖDER: v. SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 17.ª 1974, antes del § 47/105 ss.; tb. HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, 257 ss.; Täterschaft und Teilnahme, 1977, 82 ss.; ESER/BURKHARDT, II, 3.ª 1980, caso 27 nm. 22 ss.; BOSCH, JA 2007, 418; HAAS, ZIS 2011, 392; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/HEINE, StGB, 29.ª 2014, antes del § 25/103 ss.; KREY/ESSER, AT, 6.ª 2016, nm. 1182. Similar SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 377= Fundamento y límites, 2009, 428, cuando dice que el dominio sobre la vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima (deber de protección) fundamenta autoría, mientras que el dominio sobre una cosa peligrosa (deber del tráfico) fundamenta sólo cooperación (y él mismo cita en n. 77 como similar a SCHÖNKE/SCHRÖDER); pero es porque distingue según que el dominio sobre el fundamento del resultado abarque el resultado directamente o sólo mediando el libre hecho de un agente activo, de modo que al hablar de dominio sobre una cosa peligrosa se está refiriendo, sin decirlo expresamente, a que el garante de supervisión de un peligro no controle la utilización de éste por una acción de un tercero; por eso añade que la posición de garante de vigilancia dará lugar a autoría mediata si el no vigilado es incapaz penalmente, o sólo a inducción si es un imputable. Con estas conclusiones sí se puede coincidir.

estaría justificado que fuera más grave y por ello fundamentara autoría la infracción de deberes de protección que la de deberes de supervisión y control<sup>124</sup>.

**b) Criterios de distinción de la autoría en comisión por omisión de la simple participación: dominio del hecho y determinación objetiva del hecho; autoría por infracción de un deber especial**

**1) La aplicabilidad del criterio normal de la determinación objetiva y positiva del hecho (dominio del hecho con dolo) a la autoría en comisión por omisión; sólo participación de no concurrir el criterio**

Una omisión de garante que equivalga a la comisión activa puede ella sola dominar el hecho de un tipo doloso de resultado o determinarlo objetivamente si es imprudente: cuando el garante que se daba por seguro que controlaba o iba a controlar el peligro de pronto lo descontrola al omitir dolosa o imprudentemente (o sea, normativamente crea o aumenta un peligro relevante, que ahora va a seguir necesariamente un curso lesivo) y no hay una intervención activa ajena que por su energía física sea la que determine objetivamente (o incluso domine dolosamente) el curso peligroso, y será por ello autoría del delito en comisión por omisión. (Sobre el importante sector doctrinal que defiende el dominio del hecho como criterio de la autoría en la omisión impropia v. *infra* VI.4. y n. 298; sobre mi fundamentación de que pueda existir dominio o determinación del hecho cuando el omitente crea el riesgo de un necesario curso natural sin que se interponga decisión humana v. *infra* VI.4. antes de a); sobre las posibles formas de autoría v. *infra* III.7. c). O puede que sólo favorezca la autoría por dominio del hecho de otro y será participación, concretamente cooperación por omisión; v. ampliamente *infra* VI.5. a) y ya III.7. d.

**2) ¿La infracción de deber como criterio unitario de autoría?**

Una posición, cuyo principal defensor es ROXIN<sup>125</sup>, mantiene que los delitos omisivos son delitos de infracción de deber o delitos contra deber (*Pflichtdelikte*), porque

---

<sup>124</sup> Para una crítica más amplia cfr. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/159-165.

<sup>125</sup> AT II, 2003 [PG II, 2014], § 25/25, 267 ss., § 31/140 ss., donde lo predica respecto de todas las omisiones, pero luego en sus ejemplos se refiere únicamente a omisiones impropias; Täterschaft u. Tatherrschaft, 10.<sup>a</sup>, 2020, 787 ss. Comparten esta teoría p.ej. RUDOLPHI, SK I, 1.<sup>a</sup> 1975 a 6.<sup>a</sup> 1994, antes del § 13/37 ss.; BLOY, JA 1987, 490 ss.; SÁNCHEZ-VERA, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, 147 ss., 177, passim; Delito de infracción de deber y participación delictiva, 2002, 93 ss., cap. IV, 285 ss., passim; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/HEINE, StGB, 26.<sup>a</sup> 2000, antes del § 25/102; KINDHÄUSER, FS-A.

no rige en ellos el dominio del hecho, es decir, que es autor todo aquel que omite cumplir su deber de actuación, con independencia de si interviene él sólo o sólo permite la intervención activa de otro, que será autor comisivo; por ello afirma que es autor de homicidio por omisión el padre que observa impasible cómo la madre ahoga al recién nacido cuando podía haberlo evitado. Según esto, en la comisión por omisión se será siempre autor y no partícipe, salvo en casos excepcionales en que la autoría requiera algún requisito típico adicional<sup>126</sup>, es decir, se defiende aquí un concepto unitario de autor. Este entendimiento podría parecer en principio adaptarse muy bien a la omisión impropia, dado que en la misma hay que incumplir un deber jurídico especial, el de garante. Pero realmente no es así y es incorrecto considerar a los delitos impropios de omisión como delitos de infracción de deber: En primer lugar, porque ya en la concepción de los mismos ideada por ROXIN para los delitos comisivos en general, en el delito de infracción de deber lo único que cuenta es la vulneración del deber especial, con independencia de si el sujeto actúa y realiza el tipo o si sólo permite que otro lo realice o sólo favorece la realización ajena, y aplicando esto a la omisión impropia significaría que lo único que cuenta es que un garante incumpla su deber especial; pero como ya hemos visto, ello es totalmente insuficiente, ya que en los ordenamientos donde no hay regulación legal general, la omisión del garante tiene además que equivaler plenamente a la comisión activa para encajar en el tipo, y ese mismo requisito adicional (equivaler, o en el StGB corresponderse con la comisión activa) lo exigen las cláusulas generales de códigos como el español, alemán, austríaco y otros. Y en segundo lugar, porque además, como acabamos de ver, no es cierto que en la comisión por omisión no pueda operar como criterio de autoría el dominio o determinación objetiva del hecho, y por ello el garante omitente que no lo hace, sino que sólo favorece o facilita la conducta de un tercero autor que domina el hecho, únicamente puede ser partícipe, concretamente cooperador.

---

Hollerbach, 2001, 649; BACHMANN/EICHINGER, JA 2011, 106 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª 2011, § 14/13; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.ª 2013, § 13/26 ss.; GAEDE, NK, 5.ª 2017, § 13/26 ss.; LÓPEZ WARRINER, ForFICP 2018-1, 48 ss.; HEINRICH, AT, 6.ª 2019, 320; con pequeñas modificaciones M. NOLL, ZStW 130 2018, 1031 s.

<sup>126</sup> ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 31/140, añade ciertamente que para ser autor quien incumple su deber tiene que reunir además otros eventuales requisitos típicos: en la omisión impropia el que con su intervención hubiera podido impedir el resultado; o en un delito de propia mano llevar a cabo la actividad corporal, por cuya razón el padre que no impide actos incestuosos de sus hijos no es autor, sino sólo cooperador por omisión en un incesto; o el vigilante que no impide un robo que podía evitar sólo será cooperador omisivo y no autor, porque el robo exige ánimo de apropiación del que el vigilante carece.

3) *¿Delito de infracción de deber en algún caso especial de comisión por omisión dolosa?; ¿en delitos imprudentes de comisión por omisión?*

Ello no obsta a que, por una parte, en la parte especial de modo bastante excepcional la ley tipifica *algunos delitos dolosos que son realmente delitos contra deber o de infracción de deber* en el sentido expuesto, p. ej. las conductas de los arts. 414 s. CP de violación de documentos secretos por autoridad o funcionario encargado de los mismos; y entonces naturalmente que pueden realizarse en comisión por omisión y es legalmente indiferente si estructuralmente la conducta domina o sólo favorece el hecho. Por otra parte, en algunos supuestos de delitos imprudentes la interpretación de las normas de cuidado infringidas puede llevar a la conclusión de que habrá *autoría imprudente en comisión por omisión como delito de infracción de deber*, es decir, *sólo por incumplir un garante en determinadas circunstancias su deber especial de supervisión y control de fuentes de peligro*, aunque tal omisión no cree el peligro ni determine objetivamente el hecho, sino que sólo permita que se produzca la lesión del bien jurídico por la conducta imprudente de otros y por tanto en principio y conforme a las reglas generales no sería autoría de un delito en comisión por omisión. Sobre todo ello v. con más detalle *infra* VI.6.

c) *Formas de autoría en comisión por omisión*<sup>127</sup>

Puede haber autoría directa unipersonal, con o sin otros partícipes. Coautoría en los casos en que las omisiones de dos garantes se realicen conjuntamente y la conjunción de ambas domine (o determine objetivamente) el hecho; ej.: dos sanitarios al cuidado de algunos enfermos graves en una unidad de cuidados intensivos se entretienen jugando a las cartas y no renuevan a su hora el suero con medicación de los enfermos provocando, imprudentemente o más raramente con dolo eventual, lesiones o muerte de algunos. También puede darse, aunque ciertamente sea infrecuente, autoría mediata en omisión por omisión; ej. un familiar garante omite dolosa o negligentemente controlar a un menor inimputable que tiene bajo su custodia cuando éste ataca y lesiona algún bien jurídico ajeno, y el garante responde como autor mediato doloso o imprudente de la producción de ese resultado lesivo.

---

<sup>127</sup> Cfr. ampliamente ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 25/25, § 31/124-175; RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad, 2005, 157 ss.



**d) Participación activa en un delito omisivo impropio. Participación por omisión en un delito de comisión activa o de comisión por omisión**

La participación en un delito omisivo impropio puede ser por supuesto activa, induciendo y convenciendo al omitente garante o facilitándole materialmente o con apoyo moral su actuación que es la que domina el hecho. Pero la forma que en este contexto nos interesa es la mera participación en comisión por omisión, que también es posible: sobre ella v. *infra* VI.5.

#### **IV. POSICIONES DE GARANTE (DEBERES DE GARANTÍA): EXPOSICIÓN DE LAS OPINIONES**

##### **1. ¿Posibilidad de comisión por omisión sin posición de garante?**

Antes de la regulación en la PG del CP 1995 ello era opinable, por mucho que la doc. absolutamente dominante requería siempre la posición de garante, es decir un deber jurídico especial (que afecta sólo a un círculo restringido de sujetos) de evitar el resultado como razón fundamental para hacer responder del resultado al omitente garante y no al resto de omitentes no garantes<sup>128</sup>. Tras la exigencia de infracción de “un especial deber jurídico del autor” de evitar el resultado (o sea, de un deber de garante) para “los delitos

---

<sup>128</sup> Doc. casi unánime desde que NAGLER, GS 111, 1938, 1 ss., acuñó los términos posición de garante y deber de garante: v. *supra* n. 23; antes no se manejaba el concepto (sólo BINDING, Die Normen, II-1, 2.<sup>a</sup> 1914, 553 ss. había hablado ocasionalmente del garante), pero sí se exigía mayoritariamente un deber jurídico especial derivado de ley, contrato o acción precedente: cfr. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/3 ss. No obstante, en la época moderna alguna posición aislada en la doc. alemana ha mantenido que puede haber comisión por omisión e imputar el resultado producido sin el criterio de la posición o deber especial de garantía: así FREUND, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, 39 ss., 135 ss., 154 ss.; MK, 2.<sup>a</sup> 2011, 4.<sup>a</sup> 2020, § 13/48 ss., 65 ss. (espec. 79), pero porque propone sustituir el concepto de posición de garante o incluso deber de garante por el de tener “responsabilidad especial” por la no producción del resultado, circunstancia que sostiene que fundamenta asimismo la comisión activa, siguiendo la línea de, entre otros, HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht, 1972, 169 ss. (por otra parte FREUND en Erfolgsdelikt, 60 ss. prescinde totalmente de las posiciones de garante para los delitos con modalidades típicas de conducta especialmente descritas), JAKOBS, AT, 1.<sup>a</sup> 1983/2.<sup>a</sup> 1991 [PG, 2.<sup>a</sup> 1997], 7/56 ss., 28/14 ss.; Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, 36 ss., SANGENSTEDT, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1989, 296, o S. WALTER, Die Pflichten des Geschäftsherrn, 2000, 124 s. En la doc. de habla española son más numerosos quienes admiten la posibilidad de omisión impropia sin posición o deber especial de garante: entre otros, LUZÓN PEÑA, ya en PJ 2 1986, 73 ss., negando su necesidad sobre todo en la particip. por omisión = EPen, 1991, 235 ss.; con carácter más general admito la posibilidad en Lecc PG, 3.<sup>a</sup> 2016, 31/39; Libt 6 2017, 184; RDP 2017-2, 100; ForFICP 2021-3, (32 ss.), 34 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, PJ 24 1991, 209; GRACIA MARTÍN, en Modernas tendencias (congreso UNED), 2001, 468 ss.; Prólogo, en: Rueda Martín, ¿Participación por omisión?, 2013, 23; VIVES, Coment CP 1995, I, 1995, 85; en Cobo (dir) Coment CP, I, 1999, 523; TRAPERO, AFDOur 2003, 449 ss.; RUEDA MARTÍN, ¿Participación por omisión?, 2013, 53 ss., 124 ss; LH-Huerta, 2020, 579 ss., estos tres últimos para la participación por omisión; con carácter general ROSO, LH-Luzón, 2020, 1021 ss., 1031 ss., niega para la comisión omisiva la necesidad de la posic. de garante, a la que considera sólo criterio interpretativo para la autoría y en la imputac. objetiva para la creación de riesgo y el fin de protección de la norma, salvo (n. 30, p. 1032) en contextos como los empresariales, donde sí es necesaria.

que consistan en la producción de un resultado” en el nuevo art. 11 CP 1995, siguiendo el modelo del § 13 StGB, *en principio* parece que no es posible la omisión impropia sin posición de garante, y que la equivalencia ha de ser un requisito adicional al previo de existencia de un deber especial de garantía.

Sin embargo, como excepción a la regla general (del art. 11 CP esp. o § 13 StGB) de exigir deber de garante, pensada a mi juicio para los delitos *puros* de resultado o *puramente* resultativos, es **posible omisión impropia o comisión por omisión sin deber especial de garantía o posición de garante** al menos en estos tres grupos de supuestos<sup>129</sup>:

1) En los delitos de *comisión por omisión expresamente regulados, equiparados a la comisión activa, en la PE, si el tipo legal prescinde del requisito del deber de garante*, como sucede v.gr. en el allanamiento de morada pasivo consistente en no abandonar el domicilio ajeno a requerimiento del morador: v. *supra* I.2. b3.

2) Como he anticipado *supra* I.2. b2 y n. 16, en los supuestos en que *la descripción legal de una conducta típica –en un tipo de mera conducta o resultativo pero con modalidades de ejecución descritas– emplea un término que pueda realizarse tanto mediante actos positivos como mediante omisión* de realizar una acción esperada o debida y tal deber *no tenga que ser necesariamente un deber específico de garante*<sup>130</sup>: así p. ej. un no garante puede realizar por omisión de informar sobre datos esenciales el “engaño” de las estafas y fraudes<sup>131</sup> (arts. 248 ss.) o de la alteración de precios del mercado (art. 284) o en delitos laborales (arts. 311 ss.), o las “alegaciones falsas” o “manifestación de características inciertas” en el delito publicitario del art. 282, como igualmente en las injurias puede cualquier no garante realizar mediante una ostensible negativa a saludar o

---

<sup>129</sup> Ya defendí la innecesidad de posición de garante en los grupos a y c en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/39; Libt 6 2017, 184; RDP 2017-2, 100 (aparte de sostener ya en PJ 2 1986 cit. la no necesidad en el grupo c, o sea, en la participación en comisión por omisión). Desde la preparación de mi Tratado, aún inédito, en el cap. 31/51-54 desde 2018 he añadido en 31/53 el grupo b, y así lo he recogido en LUZÓN PEÑA, ForFICP 2021-3, 34 y n. 2 y 4.

<sup>130</sup> Igualmente FREUND, Erfolgsdelikte u. Unterlassen, 1992, 60 ss., prescinde totalmente de las posiciones de garante para los delitos con modalidades típicas de conducta especialmente descritas.

<sup>131</sup> Cfr. p. ej. BOCKELMANN, FS-Eb. Schmidt, 1961, 437 ss.; ENGISCH, FS-v. Weber, 1963, 247 ss.; BACIGALUPO, Delitos impropios de omisión, 1970, 2.ª 1983/ 2006, cap. V; MAAß, Betrug verübt durch Schweigen, 1982; RUNTE, Jura 1989, 128 ss.; FREUND, Erfolgsdelikte u. Unterlassen, 1992, 60 ss.; KAMBERGER, Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Garantenstellung?, 1995; PÉREZ DEL VALLE, CPC 1996, 373 ss.; KARGL, ZStW 119 2007, 250 ss.; SEIBERT, Die Garantenpflichten beim Betrug, 2007; STRENG, ZStW 122 2010, 1 ss.; MAYER LUX, Die konkludente Täuschung beim Betrug, 2013; LACRUZ, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 2.ª 2015, 316; LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/67; Libt 6 2017, 201; RDP 2017-2, 121; ForFICP 2021-3, 34; ROSO, LH-Luzón, 2020, 1033.

a entregar un reconocimiento en una ceremonia la acción –en sentido amplio- que, según redacciones típicas, lesiona la dignidad de otro o lo menosprecia, ofende o deshonra; etc.<sup>132</sup>.

3) En la *participación (cooperación) por omisión*, a la que no parece referirse la regulación del art. 11 CP<sup>133</sup>, participación consistente en el auxilio moral o apoyo psíquico al autor de un delito que le presta un tercero al no intentar impedir que el autor lo cometa, cuando para éste tiene una especial importancia la postura del tercero, lo que puede equivaler en cuanto favorecimiento a la participación activa sin necesidad de posición de garante<sup>134</sup>.

## 2. Las diversas posiciones de garante propuestas por la doctrina. Análisis provisional. ¿Deberes especiales jurídicos o también ético-sociales?

a) Vamos a hacer ahora solamente un análisis provisional y aplazamos el enjuiciamiento de cada una, salvo alguna indicación concreta, hasta analizar su aptitud para la equivalencia con la comisión activa. Es decir, admitir que determinadas posiciones generan **un deber jurídico de garante todavía no decide nada sobre si además se va a cumplir o no** el requisito adicional y decisivo de **la equivalencia de la omisión del garante con la comisión activa**. Ello se examinará *infra* V, VI.

b) *¿Los deberes especiales de garantía han de ser jurídicos o pueden ser también deberes extrajurídicos*, concretamente deberes sociales o morales: *ético-sociales*? Las antiguas teorías de las fuentes formales del deber jurídico sí exigían base jurídica de la posición de garante al menos en las derivadas de ley o contrato (más dudoso si era un

---

<sup>132</sup> Como he expuesto en n. 129, desde la preparación de mi Tratado, aún inédito, desde 2018 he añadido en 31/53, y en ForFICP 2021-3, 34 y n. 2 y 4, este grupo b y todos esos ej. Igualmente ROSO, LH-Luzón, 2020, 1033, comparte esta posición mía y los ej. de la estafa por silencio y la injuria por negar el saludo.

<sup>133</sup> Considera expresamente que la cooperación y la inducción no encajan en la fórmula del art. 11 de delitos que consistan en la producción de un resultado dañoso y por tanto se podrán realizar mediante omisión, pero viendo si la conducta es directamente subsumible en los tipos, VIVES, Coment CP 1995, I, 1995, 85; en Cobo (dir) Coment CP, I, 1999, 523. En contra, considera que la cooperación necesaria y la complicidad pueden encajar en la fórmula del art. 11 por consistir en el resultado de favorecer el hecho principal SILVA, en Cobo (dir) Coment CP, I, 1999, 485 s. (ya antes del actual art. 11 CP SILVA admitía la cooperación por omisión en CPC 1989, 367 ss., 388 ss.); y aunque no lo dice expresamente, ello presupondría la necesidad de un deber de garante requerido en el art. 11.

<sup>134</sup> Ya sostuve esta interpretación en LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 87: “la no evitación o no obstaculización del delito sólo constituirá cooperación ... al delito si le ayuda o facilita la realización del tipo al autor, y ello no tiene nada que ver con que el omitente sea o no garante”, desarrollándolo y con casos concretos de auxilio moral omisivo en 87 ss.

deber jurídico en la ingerencia)<sup>135</sup>. Pero al abandonar la doc. mayor. esa concepción y seguir la teoría de ARM. KAUFMANN de las fuentes materiales de posición de garante distinguiendo entre funciones o deberes de protección de un bien jurídico y las de supervisión y control de una fuente de peligro, realmente la dogmática penal ha ido elaborando y desarrollando en muchos casos posiciones o deberes de garantía sin un estricto fundamento jurídico para los mismos, tratándose más bien de deberes ético-sociales que a la doctrina y los tribunales les ha parecido evidente que tenían que implicar una especial función de garantía: así p.ej. los casos de asunción, muchísimos supuestos de la comunidad de peligro, o de la comunidad de vida, o de la ingerencia, o de ciertas relaciones de parentesco o proximidad<sup>136</sup>.

En la doctrina se pueden citar bastantes ejs. de afirmación gratuita de que tal

---

<sup>135</sup> Cfr. la exposición de doc. antigua defensora de los deberes de garantía jurídico-formales en SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 218-220 = Fundamento y límites, 2009, 262-264. En la doc. y jurisprud. española, insistiendo en que ha de ser un deber jurídico p. ej. RODRIGUEZ MOURULLO, PG, 1977, 318 s., con citas de varias STS en ese sentido.

<sup>136</sup> Cfr. la exposición de doc. y especialmente jurisprud. alemana en ese sentido en SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 61 ss., 220 y n. 40-42 = Fundamento y límites, 2009, 93 ss., 264 s y n. 40-42; FS-Amelung, 2009, 303 ss.; HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht, 1972; JESCHECK, AT, de 3.ª 1978 a 4.ª 1988 [Tratado PG, 1981], § 59 IV; GA 1993, 115 ss.; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, 530 ss., 592 ss., 646 ss.; BRAMMSEN, Die Entstehungsvoraussetzungen von Garantpflichten, 1986; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 IV; GRÜNEWALD, Zivilrechtlich begründete Garantpflichten?, 2001; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/1 ss.; LH-Gimbernat, II, 2008, 1543 ss.; GA 2009, 73 ss.; KÜHL, JuS 2007, 497 ss.; VON COELLEN, Das "rechtliche Einstehenmüssen", 2008; PAWLIK, FS-Roxin 2, 2011, 931 ss.; RÖNNAU, JuS 2018, 526 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/ BOSCH, StGB, 29.ª 2014, 30.ª 2019, § 13/7-60. Sobre la situación española e hispanoamericana cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado III, 1.ª 1951, 355 ss.; 2.ª, 1958, 414 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E., Delitos impropios de omisión, 1970; 2.ª ed. arg. 1983; colomb. 1983; españ. 2005; ZAFFARONI, Tratado III, 1981, 459 ss.; LH-Barbero, 2001, 1390 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 579 ss.; ROMEO CASABONA, LH-del Rosal, 1993, 929ss., 933 ss.; CHOCLÁN, CDJ 1994-XXIII, 375 ss.; BUSTOS, Manual PG, 4.ª 1994, 382 ss.; BUSTOS/HORMAZÁBAL, Leccs PG II, 1999, 214 ss.; C. MIR PUIG, CDJ 1994-XXIII, 253 ss.; SÁNCHEZ-VERA, Intervención omisiva, posición de garante, 1995; tb. en ADPCP 1995, 187 ss.; Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999; Delito de infracción de deber y participación delictiva, 2002; TERRAGNI, RDPCr 6, 1996, 1227 ss.; CUADRADO RUIZ, ADPCP 1997, 387 ss.; RDPCr 6 2000, 11 ss.; tb. ADPCP 2000, 11 ss.; SILVA SÁNCHEZ, La comisión por omisión, en SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, 1997, 51 ss.; Art. 11, en Cobo (dir.), Coment CP, I, 1999, 441 ss.; Omisión impropia o comisión por omisión, en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 970 ss.; Estudios sobre los delitos de omisión, Lima, Grijley, 2004; GRACIA MARTÍN, en Modernas tendencias en la ciencia del DP y en la criminología (Congreso UNED), 2001, 411 ss.; PERDOMO TORRES, El delito de comisión por omisión en el nuevo CP, 2001; La problemática de la posición de garante, 2007; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.ª 2002, 577 ss.; CUELLO CONTRERAS, PG, II, 2009, XVI/114 ss.; REQUENA JULIANI, Intercambiabilidad de acción y omisión, 2010; DONNA, PG, VI, 2010, 198 ss.; LUZÓN PEÑA, Libt 6 2017, 145-272; tb. en RDP 2017-2, 51-207; ForFICP 2021-3, 32 ss. En Italia es prácticamente unánime requerir un deber estrictamente jurídico, en vista de la inequívoca exigencia de obligación jurídica de impedir el resultado del art. 40, 2 CP ital. ("*avendo obbligo giuridico d'impedire*"); cfr. por todos MARINUCCI/DOLCINI, PG, 6.ª 2017, VI/10.1.2, 10.2.1 ss. Sobre la situación en Austria KIENAPFEL, JBl 1975, 13, 80 ss.

posición de garante es un deber jurídico<sup>137</sup>. SCHÜNEMANN<sup>138</sup> expone detallada y penetrantemente cómo la dogmática alemana mayoritaria ha afirmado deberes de garante sin base jurídica, sin preocuparse de buscarla o afirmándola gratuitamente. En el caso de la “*asunción*” de una posición de protección o control él recurre a la “creación de Derecho” (por doc. y jurisprud.) en el campo civil donde no hay regulación para fundamentar el deber jurídico<sup>139</sup>; ello no me parece convincente, porque con esa argumentación los tribunales podrían crear libremente cualquier deber de garante sin base jurídica clara (cosa que de hecho hacen muchas veces con simples deberes morales).

### 3. La clasificación de fuentes formales de posición de garante o deber jurídico: ley, contrato, ingerencia<sup>140</sup>, otras

Inicialmente se sostenía una clasificación de los deberes de garantía meramente formal, atendiendo a su origen y se afirmaba que las fuentes del deber eran fundamentalmente la ley, el contrato y luego se añade el actuar precedente peligroso o ingerencia (clasificación tripartita que ha sido precisamente la acogida en la segunda parte del art. 11 del actual CP 1995: v. sobre lo que ello significa *supra* III.5.). Posteriormente se van añadiendo otras posibles fuentes: deberes cuasicontractuales, compromisos etc.

Aunque esta exposición de las fuentes de posiciones o deberes de garantía es efectivamente meramente formal y no examina el contenido material que caracteriza a las distintas posiciones de garante –lo que explica la predilección que ha cobrado la teoría de las funciones que examinamos a continuación–, sin embargo la teoría formal tiene la ventaja de explicar y fundamentar suficientemente cuándo hay un auténtico deber jurídico

---

<sup>137</sup> Así en la doc. alemana todas las posiciones que expone SCHÜNEMANN, cit. en la n. sig. En la doc. en lengua española, entre otros muchos, p.ej. en POLAINO, PG II, 2000, 294-304; Lecc PG II, 2.ª 2016, 87-90, que afirma el deber jurídico sin fundamentación detallada en la *asunción*, ingerencia, expectativa social, estrecha relación vital por comunidad de intereses o de peligro y dominio de la cosa, limitándose a decir en la *asunción* –donde al menos intenta fundamentar el deber jurídico– que hay una confianza jurídica (en PG II, 295: basada “en la correlativa esperanza de quien se confía a él”; en Lecc II, 87: la *asunción* genera una expectativa social “fundamentada en una confianza jurídica... de garante”). Anteriormente p.ej. CUELLO CALÓN, PG I, 18.ª 1980, 348 s., tras admitir deberes derivados de preceptos jurídicos o de especiales deberes profesionales, añade sin más fundamentación que una conducta anterior peligrosa tb. puede imponer el deber.

<sup>138</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 215 ss. = *Fundamento y límites*, 1009, 261 ss.

<sup>139</sup> Según expone, “de la letra de la ley no se puede desprender en ningún lugar un deber de evitar el resultado *qua asunción*. Sin embargo, ese deber existe, si bien sólo como norma de conducta no escrita del Derecho de cuasidelitos, fundamentada por la vía de la creación de Derecho”: SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 227, 341 ss. = *Fundamento y límites*, 1009, 271, 390 ss.

<sup>140</sup> Se escribe a propósito ingerencia con g y no con j: v. *infra* nota 156.

especial para determinadas personas y cuándo no es así y se trataría a lo sumo de un deber moral: v. *infra* IV.6.

#### 4. La distinción según la teoría material o de las funciones (ARMIN KAUFMANN y doc. dom. hoy): deber o función de protección de un bien jurídico y deber o función de control de una fuente de peligro. Los distintos supuestos

ARMIN KAUFMANN desarrolla (1959) la teoría de las funciones, que se agrupan en dos grupos: funciones (y deberes) de **protección de un bien jurídico** y funciones (y deberes) de **vigilancia (supervisión) y control de una fuente de peligro**<sup>141</sup>; y en consecuencia se distingue entre *garantes protectores* o *garantes de protección* y *garantes de vigilancia, supervisión y control*, también llamados *garantes de aseguramiento*<sup>142</sup>. Esta clasificación se ha convertido en doc. dom. en la dogmática alemana y es crecientemente aceptada en otros países.

Hay que advertir, sin embargo, de que muchas veces se mezcla en el mismo supuesto una posición de garante de protección con una posición de garante de supervisión o control de un peligro. Por citar ahora un solo ejemplo: el dueño de un perro

---

<sup>141</sup> ARM. KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 283 ss. (en alemán: *Schutz eines Rechtsguts* frente a *Überwachung einer Gefahrenquelle*; el término *Überwachung* significa supervisión o vigilancia, pero también implica control).

<sup>142</sup> En la terminología original alemana, *Beschützergaranten*, *Obhutsgaranten* o *Schutzgaranten* frente a *Überwachungsgaranten*, *Kontrollgaranten* o *Sicherungsgaranten*. Así, siguiendo a ARM. KAUFMANN cit., en la doc. alemana entre otros muchos, JAKOBS, AT, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 29/27, , aunque él efectúa su propia clasificación: v. *infra* III.5; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 IV 3; FREUND, AT, 1998, § 6/57 ss.; STRATENWERTH, 4.ª 2000, § 13/14; KÜHL, AT, 5.ª 2005, 8.ª 2017, § 18/44; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/33 ss.; KINDHÄUSER, AT, 8.ª 2017, § 36/52 ss. (combinándolo con el criterio de Jakobs); SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 30.ª 2019, § 13/9 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.ª 2020, nm. 1175 ss.; muy amplio en RENGIER, AT, 12.ª 2020, § 50/1-102, y en FISCHER, StGB, 69.ª 2022, § 13/9-76 (todos ellos con numerosas ulteriores citas de la doc. dom. y jurisprud.). En la doc. de otros países, p. ej.: SGUBBI, Responsabilità penale per omesso impedimento, 1975, passim; FIANDACA, Il reato commissivo mediante omissione, 1979, passim; FIANDACA/MUSCO, PG, 7.ª 2014, 646 ss.; GRASSO, Il reato omissivo improprio, 1983, 293 ss. (pero dando autonomía al deber de garante de evitar delitos ajenos); PADOVANI, DP, 1.ª 1990/12.ª 2012, V.4.5; BUSTOS, Manual PG, 4.ª 1994, 384 ss.; LEONCINI, Obbligo di attivarsi, 1999, passim; POLAINO, PG II, 2000, 294 ss.; CEREZO, Curso, III, 2001, 263; PG, 2008, 983; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª, 2007, 938 ss. (completándola con las “posiciones de monopolio” como tercera clase de posiciones de garante); VELÁSQUEZ, Manual PG, 4.ª, 2010, 419 ss.; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, PG II, 2012, 258 ss.; F. MANTOVANI, PG, 9.ª 2015, nm. 60-62; MIR, PG, 10.ª, 2015/16, 12/44 ss.; FIORE/FIORE, PG, 5.ª 2016, 265 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª, 2016, § 31/45 ss., 63 ss. aceptándola (pero exigiendo deber jurídico), y aplicando mi criterio a los grupos de posiciones de garante de esa clasificación en 31/125 ss.; más ampliamente en Libt 6 2017, 186 ss., 198 ss., 250 ss.; RDP 2017-2, 103 ss., 117 ss., 182 ss.; ForFICP 2021-3, 37 ss., 49 ss., 75 ss.; NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.ª 2016, 159 s.; PALAZZO, PG, 6.ª 2016, 8.ª 2021, Cap. V.4.5.3.2; MARINUCCI/DOLCINI, PG, 6.ª 2017, VI/10.3-4; PELISSERO, en Grosso/Pelissero/Petrini/Pisa, PG, 2.ª 2017, 216 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 10.ª 2019, 230 ss.; Díez RIPOLLÉS, PG, 5.ª 2020, 154, 252 s. (aunque en 253 considera difícil eludir el criterio formal del art. 13). En contra de esta teoría de las funciones p.ej. ANTOLISEI, PG, 8.ª 1980, 16.ª 2003, nm. 101.



muy fiero que tiene en su casa en el jardín pero entrando también al interior, que es por ello garante de control de esa fuente de peligro frente a cualquier tercero, acepta hacerse cargo durante unos días del cuidado de un sobrino pequeño, siendo por ello garante de protección del niño por asunción mientras sus padres viajan fuera, e incumpliría ambos deberes de garante si dolosa o imprudentemente no impide que el perro atacara y lesionara al niño.

**a) *Posiciones de garante de protección de un bien jurídico frente a cualquier peligro***

**1) *Deberes de protección por estrecha vinculación familiar o análoga***

Normalmente se trata de deberes impuestos por ley: así a los padres respecto de los hijos menores, o a tutores o encargados de la guarda respecto de menores o incapaces bajo su custodia; a los cónyuges entre sí (obligados “a socorrerse mutuamente”); o a los hijos respecto de sus padres o ascendientes ancianos y desvalidos, o a los hermanos muy limitadamente: arts. 110, 142 ss., 154, 172 ss., 68, 215, 222 ss. CC. Es discutible si también pueden existir deberes supralegales de garante protector de familiares como parientes colaterales o afines o parejas ligadas por análoga relación de afectividad a los cónyuges. No obstante, en las últimas décadas tanto las leyes civiles como las propias leyes penales han reconocido efectos jurídicos y casi equiparado a las parejas de hecho (ligadas por análoga relación de afectividad) a los matrimonios, pero sigue siendo dudoso si la equiparación lo es tb. a efectos de deberes de garante, pues ningún precepto impone a los miembros de esas parejas el deber de “socorrerse mutuamente” que sí impone expresamente el art. 68 CC a los cónyuges.

Dado que el art. 11 exige un especial deber jurídico, si la ley no lo contempla, parece que en estos casos sólo puede fundamentarse si el pariente o allegado asume un pacto, formal o informal, de proteger al otro. De lo contrario, sólo podría fundamentarse el deber jurídico en la libre creación de Derecho por los tribunales en el campo civil, lo que no es convincente (v. *supra* IV.2. b, párr. 2.º). Y de todos modos ya veremos que estos pretendidos deberes supralegales, precisamente por no estar muy claros, no fundamentarán la necesaria equivalencia a la comisión activa: v. *infra* VI.4. b2).

## 2) *Deberes por participar en comunidad de peligro*

Algunos los consideran un subcaso de la comunidad de vida o convivencia<sup>143</sup>, pero realmente no hay una convivencia prolongada. Para algunas personas con profesiones o cargos especiales sí hay deberes jurídicos de garantía, impuestos unas veces por ley, como a bomberos o miembros de unidades militares que intervienen en caso de incendios o a las tripulaciones de naves y aeronaves frente a los pasajeros en caso de emergencias; y otras veces por contrato: así sucede con el guía alpino o de montaña, que genera confianza en los montañistas para el caso de emergencias en escaladas y similares y por ello no recurren a otro (posición que, contra lo que a veces se sostiene, se debe distinguir de la mera solidaridad entre los alpinistas o miembros de una cordada, que no supone posición jurídica de garante). En muchos casos, como sucede entre las personas que se ven implicadas junto con otras en una emergencia como un incendio, terremoto, bombardeo, pasajeros de un barco o aeronave en caso de naufragio, o los citados integrantes del grupo de montañistas que se ven en peligro, si no hay contrato, asunción o encargo, no son deberes jurídicos, y ya por ello son rechazables.

## 3) *Deberes por comunidad de vida o convivencia*

La doctrina mayoritaria tradicionalmente en Alemania ha defendido la posición y deberes de garante derivados de la convivencia o vida en común<sup>144</sup>; llegando incluso a sostenerse que es una forma especial de comunidad de peligro<sup>145</sup>. Se está pensando

---

<sup>143</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 335.= Fundamento y límites, 2009, 384.

<sup>144</sup> Así NAGLER/MEZGER, LK I, 8.<sup>a</sup>, 1958, 38 s.; BLEI, FS-H. Mayer, 1966, 127 ss.; BÄRWINKEL, Zur Struktur, 1968, 179 ss.; MEZGER/BLEI, I, AT, 14.<sup>a</sup> 1970, 93 ss.; BLEI, AT I, 18.<sup>a</sup> 1983, 327; JESCHECK, AT, 4.<sup>a</sup> 1988, § 59 IV.3 b; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT II, 7.<sup>a</sup>, 1989 [PG 2, 1995], § 46/88 ss. (con la reserva – nm. 89– de que ha de haber confianza recíproca); SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 17.<sup>a</sup> 1974, antes del § 1/116; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 24.<sup>a</sup> 1991, § 13/25 (con reservas y limitadamente); LILIE, JZ 1991, 541 ss.; ALBRECHT, Begründung von Garantienstellungen in familiären, 1998, *passim*; WEIGEND, LK I, 12.<sup>a</sup> 2006/07, § 13/38, pero condicionado a que haya una concluyente declaración de ayuda recíproca (lo que en 39 considera que rara vez se dará en una comunidad de vivienda para un fin como entre estudiantes o jóvenes). Admite posición de garante en los casos de convivencia fáctica, pero siempre que haya una asunción *de facto* de la protección de bienes jurídicos CERESO, Curso III, 2001, 266; PG, 2008, 986. Sobre su aceptación en la jurisprudencia alemana cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 338 s.= Fundamento y límites, 2009, 387 s.

<sup>145</sup> SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 355 = Fundamento y límites, 2009, 405, sostiene que “la comunidad de vida constituye una forma especial de comunidad de peligro en sentido amplio: en este caso se reúnen o ponen en común dos o más personas para poder arrostrar mejor el *riesgo general de la vida* y disponen su vida de tal modo que actuando conjuntamente y cooperando con el compañero puedan hacer frente mejor a las asechanzas de la vida cotidiana”. Pero las diversas comunidades de vida no suponen una comunidad para afrontar peligros especiales o actividades particularmente arriesgadas, sino para convivir juntos en distintos ámbitos con carácter estable –hogar, vecindad, centro de trabajo, de estudios, de recreo, militar, etc. – o incluso transitorio, como un viaje más o menos largo, y en alguna de ellas,

inicialmente en co-moradores en la misma vivienda, pero la tendencia puede irse ampliando, en una extensión cada vez más infundada, a admitir comunidad de vida entre amigos íntimos de muchos años o incluso personas que viajan en un mismo vehículo<sup>146</sup>, vecinos en un edificio o una urbanización, compañeros de trabajo etc. Otro sector, cada vez mayor en la doc. moderna los rechaza<sup>147</sup>. En efecto, en la gran mayoría de casos no son deberes jurídicos de garante<sup>148</sup>, salvo en algunos casos de parentesco estrecho, o en casos de acuerdo recíproco al decidir convivir bajo el mismo techo: en tal caso, cuasicontractual, hay una recíproca asunción de funciones de protección cotidianas del otro u otros moradores aunque no sean parientes o vinculados por análoga relación de afectividad. Por tanto, fuera de esas excepciones, dada la exigencia legal de deber jurídico en el CP español y otros muchos, ya son rechazables como posiciones y deberes de garante. Y con independencia de ello, incluso en Códigos que no requieran esa exigencia, es más que discutible que la convivencia fáctica genere un deber material de garante, y aún más que haya equivalencia de una omisión del conviviente con la comisión activa del delito: v. *infra* VI.4. b3.

#### **4) *Encargo contractual. Asunción voluntaria de función de protección. Transferencia de dicha función***

El encargo por contrato de una parte a otra de la función de protección de bienes jurídicos a favor de la parte contratante/encargante o de un tercero naturalmente que genera según el Derecho civil y privado en general en todos los países una obligación contractual y por tanto un deber de garante. En cambio, en la asunción de una posición de garante, que generalmente será garante de protección de un determinado bien jurídico

---

fundamentalmente en la del hogar o morada, para de paso, entre otros objetivos, poder afrontar mejor los riesgos cotidianos; por ello no son realmente comunidades de peligro y deben tratarse separadamente de las comunidades de peligro.

<sup>146</sup> Así lo apreciaron respectivamente las sents. del KG, VRS 11, 360, y VRS 10, 138, cits. por SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 339, n. 47 y 48 = *Fundamento y límites*, 2009, 388, n. 49 y 50.

<sup>147</sup> Así GEILEN, *FamRZ* 1961, 147 ss.; *FamRZ* 1964, 385 ss.; ROXIN, *AT II*, 2003 [PG, 2014], § 32/55-60 sólo la admite cuando haya una dependencia de la persona a proteger respecto del garante, y la rechaza en todos los demás casos. Con reservas frente a la categoría WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª, 1969, 217; BAUMANN, *AT*, 8.ª 1977, § 18 II 4, y BAUMANN/WEBER, *AT*, 11.ª 2003, § 18 II 4; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, cit en n. 144; STRATENWERTH, *AT*, 4.ª 2000, § 13/38-41, rechazándola (nm. 41) si no hay una confianza recíproca que hace renunciar a otras medidas protectoras. Simplemente no la incluye entre las posiciones de garante de protección de bienes jurídicos CUELLO CONTRERAS, *PG II*, 2009, XVI/135-139. Cfr. sobre la discusión SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 355 ss. = *Fundamento y límites*, 2009, 405 ss.; ROXIN, *AT II*, 2003 [PG II, 2014], § 32/55 ss.

<sup>148</sup> Por eso es por lo que MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT II*, 7.ª, 1989 [PG 2, 1995], § 46/88, que admiten estos deberes de garante, reconocen sin embargo “su carácter suprapositivo”.

o persona, pero también cabe asumir funciones de supervisión y control de un peligro o riesgo, ciertamente en unos supuestos puede darse, además de por deber legal, en virtud de encargo por contrato, o sea asunción pactada con otro u otros, en cuyo caso no hay duda sobre la fuente formal y el carácter jurídico del deber de garante. Pero normalmente se denomina “asunción” de la función de protección (o de control) a la que se produce sin contrato o pacto, o sea la asunción unilateral de la función de garante. En este segundo caso hay bastante discusión doctrinal sobre cuál puede ser la fuente de un deber jurídico. No obstante, a mi juicio, puede fundamentarse en un *pacto tácito (cuasi contrato) entre quien asume voluntariamente esa función y la colectividad*: v. *infra* IV.6., párr. 4.º.

La doc. dom. fundamenta aquí el origen de los deberes de garante en la asunción efectiva de una función de protección unida a un incremento del peligro<sup>149</sup>: este puede deberse a que quien asume la función crea un nuevo riesgo, p.ej. el médico que opera<sup>150</sup>, o a que, al comprometerse él a prestar la protección, otros dejan de prestarla o el sujeto pasivo renuncia a pedir la ayuda de otros<sup>151</sup>. SCHÜNEMANN la fundamenta en que se asume (se entra en posesión de) el dominio sobre el fundamento del resultado<sup>152</sup>. Otro sector en cambio basa esta posición de garante en la idea de la “confianza” social que genera esa asunción<sup>153</sup>. Hay que señalar la crítica de SCHÜNEMANN a la confianza (social)

---

<sup>149</sup> Cfr. MEZGER, Lehrbuch, 3.ª 1949, 144; MAURACH, AT, 4.ª, 1971, [Tratado de DP, II, 1962], § 46 III C 2; SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 17.ª 1974, antes del § 1, 117a, 118; WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 214 s.; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 335.= Fundamento y límites, 2009, 384; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 IV 3 c; JAKOBS, Estudios de DP, 1997, 351 s.; SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones, 1997, 68; en Cobo (dir), Coment CP I, 1999, 463; POLAINO, PG II, 2000, 295 (aunque unido a “la correlativa esperanza de quien se confía a él”, el asumente); CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XVI/139.

<sup>150</sup> Así lo destaca CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XVI/139.

<sup>151</sup> Así p.ej. BLEI, FS-H. Mayer, 1966, 121 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 59 IV 3c; JAKOBS, Estudios de DP, 1997, 351 s.; AT, 2.ª 1991 [PG, 1997], 29/47; ROXIN, AT II, 2003 [PG, 2014], § 32/55; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XVI/139.

<sup>152</sup> SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 343 s.= Fundamento y límites, 2009, 392 s.

<sup>153</sup> Así BLEI, FS-H. Mayer, 1966, 140 ss.; WELP, Vorangegangenes Tun, 1968, 239 s.; MEZGER/BLEI, I, AT, 14.ª 1970, 91 ss.; JAKOBS, AT, 2.ª 1991 [PG, 1997], 29/47 ss.; POLAINO, Lecc PG, II, 2.ª 2016, 87, la asunción fáctica genera una expectativa social “fundamentada en una confianza jurídica... de garante” (en PG II, 2000, 295, se fijaba en “la correlativa esperanza de quien se confía a él”, lo que no tiene en cuenta los supuestos en que el sujeto pasivo no se manifiesta). En cambio, más allá de la simple confianza social y de forma similar a mi idea del pacto tácito entre asumente y sociedad, SILVA, CPC 1989, 376 n. 39 i.f., refiriéndose a su exigencia siempre de compromiso de barrera de contención para que haya omisión impropia, califica “el compromiso, como término de relación voluntaria individuo-sociedad”, lo cual apunta a esa posibilidad de fundamentar así el deber de garante por asunción: v. *infra* IV.6., párr. 4.º n. 179.

como fundamento de un deber de garante: la confianza será efecto o consecuencia de una posición de garante reconocida, pero no la puede fundamentar<sup>154</sup>.

La transferencia o delegación por el garante de la función nuevamente de protección, pero que también puede ser de vigilancia y control, genera una posición de garante en el delegado en virtud de pacto o contrato, o a veces de ley si éste, aunque no lo desee, tiene la obligación legal de aceptar la delegación. No obstante, la transferencia de función no siempre libera al transferente o delegante de una posición de garante si éste conserva un deber de supervisión o control de la actuación del delegado: v. *infra* VI.4. b 4.

### **5) *Deberes de protección derivados de funciones orgánicas o del cargo***

En los múltiples deberes de protección por funcionarios públicos de bienes jurídicos de terceros o de la comunidad, o en deberes encomendados –transferidos o delegados– por las Administraciones a profesionales o empresas (como servicios de seguridad o vigilancia y protección de instalaciones o personas) no habrá problema en admitir su carácter de deberes jurídicos de garantía si están establecidos por la legislación o si se derivan de contrato o pacto de la Administración con terceros. En caso de asunción unilateral de un deber de protección por autoridades o funcionarios no obligados por ley o pacto, depende de si se admite como deber jurídico la asunción: v. *supra* IV.4. a4. Cuando no sea así, es mucho más discutible que se pretenda derivar un deber general de garante protector simplemente de la misión general de servicio y protección de las Administraciones públicas al servicio de la comunidad.

#### **b) *Posiciones de garante de supervisión, vigilancia o control de una fuente peligro (para algún o múltiples bienes jurídicos)***

##### **1) *Fuentes de peligro de origen no humano: objetos, procesos, instalaciones, máquinas, fuerzas naturales***

No suelen ofrecer problemas de reconocimiento como deberes jurídicos especiales los de supervisión y control de fuentes de peligros de origen no humano –o humano no responsable, equiparables a los naturales–, como los que pueden provenir de objetos, procesos, instalaciones, máquinas, animales, fuerzas naturales o similares (los supuestos

---

<sup>154</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 251.= Fundamento y límites, 2009, 298.

son múltiples, mucho más numerosos de los que a veces se citan<sup>155</sup>), ya que dichos deberes se derivan de funciones específicas impuestas legalmente o contractualmente –o de modo similar, como pacto, delegación o transferencia–, o por asunción voluntaria de esas funciones.

## 2) *Actuar precedente peligroso o ingerencia*<sup>156</sup>

a’) Esa ingerencia, pese a la aceptación mayoritaria doctrinal (o de la jurisprudencia alemana) y aunque un sector la ha basado en el Derecho consuetudinario<sup>157</sup> reconocido por la jurisprudencia, era dudoso que pudiera generar un deber jurídico de garantía, hasta que precisamente es reconocida por la ley (extrapenal o penal). Por eso ese deber de garantía para algunos era un *deber no jurídico, sino ético-social* o a lo sumo basado en un principio general del Derecho<sup>158</sup>, salvo en alguna regulación concreta extrapenal,

<sup>155</sup> P.ej., no es sólo el supuesto, tratado por ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/108-124, del deber de vigilancia de cosas peligrosas (incluyendo animales) en el propio ámbito de dominio. Para un estudio desarrollado de los múltiples supuestos v. *infra* VI.4. a1).

<sup>156</sup> Se escribe a propósito ingerencia con g, (como hacen también otros penalistas hispanoparlantes, p. ej. CÓRDOBA en su trad de MAURACH, Tratado, II, 1962, § 46 III C 4, p. 289; RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1973, 501 ss.; PG, 1977, 312; ZAFFARONI, Tratado PG, III, 1981, 468; ROSO, en LUZÓN (DIR.)/ROSO (COORD.), DP casos PG, 2018, Cap. 19, 335 ss.; y yo mismo: LUZÓN PEÑA, RDCir 1974, 269 ss.; PJ 2 1986, 73 ss.; DPCir, 2.ª 1990, 167 ss.; trad. de Roxin, PG II, 2014, § 32/143 ss. y n.\* p. 899; Lecc PG, 3.ª 2016, 31/56 ss., 130 ss.; Libt 6 2017, 192 ss., 255 ss.; RDP 2017-2, 110 ss., 188 ss.; ForFICP 2021-3, 43 ss., 81 ss.), y no con j como recoge el DRAE, porque es realmente lo correcto, no sólo para ingerir sustancias o alimentos, sino también para ingerirse en un asunto, de acuerdo con su etimología latina de *ingerere*, y no de *inserere* (del que sí se derivaría injerir, como injertar o injerto): v. más ampliamente sobre ello LUZÓN PEÑA, Derecho Penal de la Circulación, 2.ª ed., 1990, 167, apoyándome en la autorizada opinión en ese sentido del gran filólogo COROMINAS. Y por ese origen latino del término, por cierto, es por lo que ingerencia se escribe con g en todas las otras lenguas modernas que recogen la palabra.

<sup>157</sup> Así en la doc. LANDSBERG, Die sogennanten Commissivdelikte durch Unterlassung, 1890, 232 ss., 242 ss. (como destaca DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 120 n. 18); TRAEGER, Das Problem der Unterlassungsdelikte, 1913, 101-104 (afirman que fue el primero en formularlo MEZGER, Strafrecht, 3.ª 1949–Tratado I, 2.ª 1946–, § 16 IV 3, o SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 61 = Fundamento y límites, 2009, 93; pero DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, que en 124 tb. lo cita, en 120 n. 18 señala como anterior a Landsberg); v. LISZT/SCHMIDT, Lb, 26.ª 1932, 180, n. 17; FRANK, StGB, 18.ª 1931, § 1 IV 2, V; MEZGER, Strafrecht, 3.ª 1949, 4.ª 1953 (Tratado I, 2.ª 1946, 3.ª 1955), § 16 IV 3; MAURACH, AT, 4.ª, 1971, [Tratado de DP, II, 1962], § 46 III B 1; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 [PG, 1981], § 58 IV 2; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5.ª 2002], § 58 IV 2. En la jurisprudencia alemana RGSt 58 (1924), 130 ss. (132), que basa el Derecho consuetudinario en su reconocimiento por la jurisprudencia; ya antes RGSt 46 (1912), 337 ss. (343) declaraba como “jurisprudencia constante” reconocer un deber jurídico derivado de la ingerencia.

<sup>158</sup> Cfr. p. ej. las exposiciones de jurisprudencia alemana tradicional, y tb. en doctrina, que aceptan aquí el deber de garante sin un claro y concreto fundamento jurídico, en SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 308 ss., 215 ss. = Fundamento y límites, 2009, 356 ss., 261 ss.; STRATENWERTH, AT, 4.ª 2000, § 13/26; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/144 ss. Fundamentaban los supuestos de ingerencia para los que no encontraban otra base jurídica en un principio general del Derecho, partiendo de la responsabilidad civil aquiliana, según el cual la acción dañosa genera no sólo obligación de indemnizar *a posteriori*, sino también para el agente un deber previo de no producir el daño LANDSBERG, Die sog. Commissivdelikte durch Unterlassung, 1890, 276 ss.; TRAEGER, Das Problem der Unterlassungsdelikte, 1913, 101 ss.; cfr. sobre ellos y otras fundamentaciones que buscaban para otros supuestos concretos de ingerencia DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 121-124.



como en España, donde había ya una previsión de deberes administrativos de no huida, no de socorro, para el causante de accidentes de circulación, y desde regulaciones en materia de circulación en 1950, 1962 y 1967 se introdujo un deber penal de socorro con omisión pura agravada para el ingerente, que reconoce la propia ley penal, primero en leyes especiales, desde 1967 en el art. 489 bis, 3.º (luego 489 ter, 3.º) CP anterior<sup>159</sup> y hoy en el art.195.3 CP vigente. Otra consideración sin embargo permite interpretar que la ingerencia consistente en actuación imprudente, es decir en un ilícito (no así la que supone una creación de peligro sin imprudencia, por caso fortuito, acto no ilícito), se puede basar en las obligaciones derivadas de delito o cuasi delito y entonces sí sería un deber de garantía jurídico, aun sin regulación legal específica<sup>160</sup>. Tras el CP de 1995 al regularlo en el art.11 b) *ya tiene clara base jurídica* (legal) y concretamente jurídicopenal con carácter general y precisamente como deber de garante para la comisión por omisión en el art. 11 b); y además se mantiene la agravación de la omisión (pura) de socorro para el ingerente en el art. 195.3 CP, con independencia de alguna concreta regulación extrapenal.

b’) Generalmente la conducta precedente peligrosa será *activa*, pero la conducta previa también podría ser una *omisión impropia creadora de peligro*, como lo reconoce expresamente el art. 11 b del CP: “Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”. El supuesto más normal es por actuación previa *imprudente* peligrosa; así el más frecuente de la causación imprudente de un accidente de tránsito o laboral con víctimas que corren riesgo para su integridad o incluso su vida; o también la conducta del hostelero o de un particular que sirve muchas bebidas alcohólicas a un conductor y luego no le impide conducir un vehículo, o el dejar imprudentemente un arma cargada al alcance de alguien que la usa para suicidarse o para cometer un delito. ¿Cabe también una posición de garante por actuación *fortuita, no contraria al deber de cuidado?*: aquí existe una división enconada de opiniones<sup>161</sup>. A mi juicio, en todo caso la provocación precedente fortuita –

---

<sup>159</sup> Aunque cabía preguntarse si realmente esto era una posición de garante que pudiera fundamentar comisión por omisión.

<sup>160</sup> Recuerdo que en ese sentido LANDSBERG, 1890, y TRAEGER, 1913 (cits. en n. 158) derivaban el deber por previa ingerencia de un principio general de las obligaciones del Derecho civil, pero de modo aún más amplio, sin exigir que el acto previo sea ilícito.

<sup>161</sup> En la doc. alemana incluyen en la generación del deber de garante tanto la acción previa imprudente como la no contraria a deber p. ej. v. LISZT/SCHMIDT, Lehrbuch, 26.<sup>a</sup> 1932, 191; WELP, Vorangegangenes

riesgo permitido– de una situación de riesgo no es un acto ilícito, así que, si falta una previsión legal de la ingerencia, ésta no puede ser fuente extracontractual de obligaciones, y por ello no debería fundamentar deber de garante a efectos de comisión por omisión. Pero con la previsión expresa de la ingerencia como posición de garante a efectos de equiparación en el CP 1995 la cuestión es al menos dudosa, ya que el art. 11 al mencionar la creación de peligro no distingue si es imprudente o fortuita. En cambio, el art. 195, como el antiguo 489 bis o ter, sí la admite para una omisión de socorro agravada, o sea omisión propia de garante). Pero la cuestión no tiene tanta trascendencia como se le suele otorgar, porque la posición de garante por sí sola no puede fundamentar comisión por omisión y por ello, aunque se acepte la ingerencia fortuita y lícita como fuente de posición de garante, en la gran mayoría de los casos la omisión de ese ingerente no va a equivaler a la comisión activa<sup>162</sup>: v. *infra* VI.4 a 2).

c') La actuación precedente peligrosa *dolosa* mayoritariamente no se suele tratar como supuesto de ingerencia que genere posición de garante<sup>163</sup> (aunque la tendrá que crear con mayor motivo aún que una actuación precedente sólo imprudente<sup>164</sup>): la razón

---

Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, 209 ss.; HERZBERG, Garantenpflichten aufgrund gerechtfertigten Vorverhaltens, JuS 1971, 74; Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, 294 ss.; BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.<sup>a</sup> 1987, 141; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT 2, 7.<sup>a</sup> 1989 [PG 2, 1995], § 46/99; BAUMANN/WEBER, AT, 11.<sup>a</sup> 2003, § 18 II 4c. Por el contrario, rechazan la que no infringe el deber de cuidado (fortuita), entre otros muchos, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.<sup>a</sup> 1996 [PG, 5.<sup>a</sup> 2002], § 59 IV.4a; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 26.<sup>a</sup> 2000, § 13/35; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.<sup>a</sup> 2014, § 13/35; ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/155 ss., 160 ss., todos con abundantes citas a favor. En la doc. española la opinión tradicional admite la ingerencia imprudente y la fortuita, pero modernamente un sector importante rechaza la fortuita como fuente de deber de garante: SILVA, en Problemas específicos de la aplicación del CP, CGPJ, 1999, 164 s.; VIVES, Coment I, 1996, 83 ss.; CEREZO, Curso III, 2001, 264; PG, 2008, 985; SÁNCHEZ TOMÁS, Comisión por omisión y omisión de socorro agravada, 2005, 215 ss. (rechazando incluso la ingerencia imprudente); MIR, PG, 10.<sup>a</sup> 2015/16, 12/59-67.

<sup>162</sup> Menciono ya la situación legal española actual en los arts. 11 y 193 CP y la advertencia de que, aunque se admita la actuación peligrosa fortuita como fuente de deber de garante, en la mayoría de casos será insuficiente para la equivalencia en LUZÓN PEÑA, Libt 6 2017, 194; RDP 2017-2, 112 s.; ForFICP 2021-3, 45.

<sup>163</sup> Así tácitamente la doc. mayoritaria (al discutir sólo la actuación previa imprudente o fortuita: por citar sólo un ej., FRISTER, AT, 9.<sup>a</sup> 2020, 22/ 30 ss.). Para la ingerencia que sólo da lugar a omisión propia agravada en el 195.3, DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 805 ss. Rechazan expresamente la actuación precedente dolosa como fuente de ingerencia TAG, JR 1995, 133 ss.; OTTO, FS-Hirsch, 1999, 305 s.; FS-Gössel, 2002, 99 ss., 103; FS-Lampe, 2003, 512; AT, 7.<sup>a</sup> 2004, § 9/86; STEIN, JR 1999, 265 ss.; GEPPERT, Jura 2004, 246; HILLENKAMP, FS-Otto, 2007, 287 ss.; CEREZO, Curso III, 2001, 264 s.; PG, 2008, 985, pero v. n. sig.; en la jurisprud. alemana BGH 4, 113, 116; BGH 1. StS, NStZ-RR 1996, 131.

<sup>164</sup> Admiten expresamente la actuación precedente dolosa como fuente de posición de garante por ingerencia (aunque señalando muchos que habrá un posible consunción o desplazamiento de la omisión impropia por la comisión activa) RUDOLPHI, SK I, 2.<sup>a</sup> 1977 a 6.<sup>a</sup> 1994, antes del § 13, § 13/42a; SILVA, El delito de omisión, 1986, 344 s.; en Cobo (dir.), Coment CP, I, 1999, 67; VIVES, Coment I, 1996, 88; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN, LL 1999-1, 1750 s.; GIMBERNAT, en Cobo (dir.), Coment CP, I, 1999, 417; ROXIN,

es que la actuación peligrosa inicial dolosa ya da lugar a comisión activa de un delito de causación dolosa consumado –o al menos en tentativa si luego no se produce el resultado–, tanto si su autor omite luego una actuación salvadora como si no lo hace, y por ello la eventual omisión –dolosa o imprudente– posterior del ingerente doloso queda ya consumida o absorbida por el inicial delito doloso de resultado por comisión activa, tanto si se apreciara posición de garante y por ello omisión impropia, como igualmente aunque no hubiera posición de garante y se tratara de una posterior omisión propia. Sin embargo, puede haber algunos casos en que excepcionalmente el inicial delito doloso de comisión activa resulte en el caso concreto menos grave y por ello no consuma o absorba a una posterior omisión impropia dolosa<sup>165</sup>; por tanto, no se debe descartar que la actuación peligrosa precedente sea dolosa y pueda generar una posición de garante por ingerencia.

d’) ¿Es ingerencia generadora de posición de garante, la *conducta precedente* peligrosa-lesiva *amparada por una causa de justificación*, especialmente p.ej. por una previa legítima defensa contra un agresor, que ahora queda herido y desvalido? Ha habido

---

AT II, 2003 [PG II, 2014], §32/192 s., que sin embargo señala que la comisión por omisión quedará desplazada por la comisión activa dolosa; FREUND, NSTZ 2004, 124 s.; MK 2003, 3.ª 2017, § 13/125 s.; SÁNCHEZ TOMÁS, Comisión por omisión, 2005, 212 ss., 215 ss.; WILHELM, NSTZ 2005, 177 ss.; DOPICO, Omisión e injerencia en DP, 2006, 784 ss., para la previa usurpación de una esfera ajena; KRACK, ZStW 117 2005, 569 ss.; WESSELS/BEULKE, AT, 40.ª 2010, nm. 725; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, § 13/38; MIR, PG, 10.ª 2015/16, 12/67 (precisamente para fundamentar comisión por omisión, frente a la ingerencia imprudente, que sólo genera omisión propia: 12/66 s.); LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/58; Libt 6 2017, 195; RDP 2017-2, 113 s.; KÜHL, AT, 8.ª 2017, 18/105a; ROSO, en LUZÓN (DIR.)/ROSO (COORD.), DP en casos PG, 2018, 335 ss.; FISCHER, StGB, 66.ª 2019, § 13/57. Tb. en principio CERESO, Curso III, 2001, 264 s.; PG, 2008, 985, aunque prefiere llamarla creación “voluntaria”, y no dolosa, de la ocasión de peligro, porque señala (en Curso III 2001 y PG 2008, loc. cit., n. 47) que, si hubiera dolo respecto de todos los elementos del tipo, habría un delito de acción doloso, que consumiría la omisión posterior; igualmente admiten la ingerencia “voluntaria”, sin argumentar el nombre, NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 149.

<sup>165</sup> Sobre todo ello cfr. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/58 y 170 y n. 61. Así ocurría p. ej. en el supuesto de la SAP Barcelona 40/2011, 30-11, en el que un hombre en una discusión por la noche en una casa inicialmente apuñala a una mujer con dolo homicida, quedando ésta gravemente herida, pero pudiendo desplazarse, bajan a la calle y decide acompañarla, primero a pie y luego en auto, a un hospital, pero cuando llegan cerca del mismo la baja del vehículo y, pese a que la mujer ya muy debilitada no se puede mover, no la entra al hospital a que la traten urgentemente, sino que decide dejarla abandonada de madrugada a una cierta distancia de la entrada y se marcha de allí en el vehículo, de modo que transcurre bastante tiempo hasta que encuentran a la mujer, que acaba muriendo desangrada, ROSO, en LUZÓN (DIR.)/ROSO (COORD.), DP casos PG, 2018, Cap. 19, tras analizar los hechos (332 ss.), considera (335 ss.) que habría dos calificaciones posibles del hecho, una como comisión activa dolosa de homicidio por la inicial tentativa con el apuñalamiento, que al final acaba causando la muerte, y otra como comisión por omisión por una inicial ingerencia dolosa seguida de una nueva intervención del sujeto controlando el curso del hecho aparentemente para salvar, pero que finalmente desemboca en un abandono dejándola en peor situación, y considera acertadamente que en este caso debe aplicarse la calificación por omisión impropia, porque excepcionalmente en este caso resulta más grave, ya que (335 s.) la comisión activa por apuñalamiento se beneficiaría de una atenuante por reparación del daño y en todo caso la calificación sería sólo por homicidio, mientras que (336 ss.) en la calificación como comisión por omisión no se da tal atenuante e incluso podría calificarse como asesinato por haber alevosía en el abandono final dada la absoluta indefensión de la víctima en ese momento.

discusión, aunque la doctrina mayoritaria lo rechaza<sup>166</sup>. Y efectivamente debe rechazarse que una actuación en *legítima defensa* genere una posición de garante que pueda producir comisión por omisión por una razón aún más clara que la indicada para la actuación precedente fortuita, ya que la legítima defensa no sólo no constituye un ilícito, sino que no produce un desvalor del resultado, que le es achacable al propio agresor, de modo que no es razonable que el defensor deba asumir un deber especial de garantía de la integridad del agresor responsable de su situación; otra cosa es que el que creó justificadamente el peligro pueda cometer luego omisión de socorro, e incluso, aunque es mucho más dudoso, pudiera darse el tipo agravado por ingerencia en el art. 195.3.

Más discutible es si genera posición de garante una previa actuación en *estado de necesidad* justificante, que, aunque está permitida, sí provoca un desvalor del resultado<sup>167</sup>. La posibilidad de posición de garante obviamente no se plantea cuando, atacado un bien ajeno de modo necesario para salvar intereses equivalentes, siga siendo necesario para la salvación abstenerse de evitar el daño de esos bienes ajenos, ya que aquí el estado de necesidad sigue justificando esa abstención (que no será omisión de un deber), sino que se planteará cuando tras la lesión o puesta en peligro inicial necesaria para la salvación ya se ha logrado el objetivo pero ahora como consecuencia de la actuación inicial los mismos u otros bienes están en peligro, pueden ser salvados y por ello cabe plantear al menos una omisión de un deber de salvamento y si el inicial ingerente que actuó en estado de necesidad tiene o no un deber especial de garante. Y en tal situación parece razonable y defendible interpretar que al inicial ingerente se le permitió una actuación lesiva para salvar intereses superiores o iguales, pero sin que el afectado por su actuación lesiva fuera para nada responsable de la situación, de modo que, cuando ya no es necesario continuar la conducta salvadora, sí se le puede considerar al ingerente especialmente obligado

---

<sup>166</sup> Así exigen ilicitud en la acción previa, p.ej. WELZEL, Lehrbuch, 11.ª 1969, 216 s.; SCHÜNEMANN, GA 1974, 233; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 5ª 2002], § 59 IV.4a; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 26.ª 2000, § 13/37; CEREZO, Curso III, 2001, 264; PG, 2008, 984; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, § 13/37, con ulteriores citas. Pero son muy numerosas las posiciones diferenciadoras: v. n. sig.

<sup>167</sup> En efecto, son muy numerosas las posiciones diferenciadoras, que rechazan posición de garante por la previa legítima defensa, pero la admiten para el estado de necesidad: p. ej. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/181-188 (con citas en n. 329); tb. DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 833, admite alguna actuación previa justificada como fuente de posición de garante, así para el estado de necesidad agresivo, no para el defensivo ni la leg. defensa; MIR, PG, 10.ª 2015/16, 12/63 s. (la rechaza respecto de la previa actuación en leg. defensa o estado de necesidad, impuesta al sujeto, mientras que admite deber de garante si la previa actuación lícita la ha buscado voluntariamente). Mi posición, expuesta en el texto, ya en LUZÓN PEÑA, Libt 6 2017, 195 s.; RDP 2017-2, 114 s.; tb. en Lecc PG, 3.ª 2016, 31/59, pero sólo sobre la leg. defensa.

(garante) para salvar bienes que precisamente él ha puesto en peligro –de modo paralelo a como se le impone al beneficiado por la acción salvadora obligación de indemnizar al afectado por dicha actuación (art. 118.1, 3.º CP esp.)–; no obstante, como en otros supuestos, hay que advertir que el admitir un deber especial de garante para esta ingerencia aún no implica que la omisión de actuación sea equivalente a la comisión activa del daño.

**3) *Deber de vigilar o controlar fuentes de peligro de origen humano para tercero o terceros o para la comunidad: actuaciones delictivas dolosas o imprudentes***

Dichos deberes pueden derivar de una regulación legal que los imponga a autoridades o funcionarios, a determinados profesionales o empleados, o de encargos contractuales o laborales o pactos informales. Normalmente los peligros humanos no impedidos serán delitos dolosos o imprudentes, pero a veces pueden ser también circunstancias accidentales o naturales como enfermedades, o ilícitos no penales. Anticipando su calificación: En caso de comisión por omisión (muchas veces sólo omisión propia general o especial de impedir delitos), como regla general no será autoría del delito no impedido, sino sólo participación omisiva en la autoría de dicho delito por quien(es) tiene(n) el dominio del hecho, o participación imprudente impune (por omisión) en la autoría ajena de un delito imprudente: v. *infra* VI.4. a3.

**5. Distinción entre deberes por competencia institucional y deberes por (auto)organización (JAKOBS)<sup>168</sup>**

Una posición peculiar es la distinción de JAKOBS<sup>169</sup>, que aquí sólo vamos a exponer sintéticamente, entre deberes en virtud de competencia institucional”, es decir por desempeñar el garante funciones por la posición que ocupa dentro de una institución pública o privada: parentesco en la familia, funcionarios en el ejercicio del cargo, determinadas profesiones, y “deberes en virtud de competencia por organización”, que puede ser organización pactada con otros, como en los deberes de aseguramiento del

---

<sup>168</sup> Mi exposición y crítica de la posición de JAKOBS anticipadas ya sintéticam. en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/61 s.; y más desarrollado en Libt 6 2017, 196 s.; RDP 2017-2, 116 s.; ForFICP 2021-3, 47 s.

<sup>169</sup> AT, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 28/14 ss., 29/101 ss.

tráfico, o bien “auto-organización” del propio sujeto, como en la asunción o en la ingerencia. Esta teoría ha encontrado un seguimiento bastante limitado<sup>170</sup>:

La distinción alude al origen y fundamento material (en vez de a la fuente formal) de los deberes de garante (aunque ROXIN<sup>171</sup> dice que coincide prácticamente con la distinción de las funciones de ARM. KAUFMANN, en el sentido de que los deberes por organización se corresponderían con los deberes de control de fuentes de peligro y los deberes por competencia institucional con los de protección de bienes jurídicos; ello no es siempre así, porque deberes institucionales encomendados oficialmente p.ej. a funcionarios o a profesionales pueden ser también deberes de control de peligros, p. ej. de hacer frente a actuaciones delictivas por la policía, o a eventuales incendios por los bomberos). En la terminología peculiar siempre de JAKOBS, competencia quiere decir misión, cometido, función dentro de una institución. En cuanto a la modalidad de deberes por auto-organización, la distinción se debe a que JAKOBS, partiendo de un concepto negativo de acción o conducta como no evitar evitable (en su fórmula, evitabilidad de una diferencia de resultado<sup>172</sup>), también sostiene que los delitos de comisión activa son delitos omisivos de garante: y que la posición de garante deriva precisamente de que en su forma de organizarse el sujeto se interfiere en la esfera jurídica o bienes jurídicos de otros<sup>173</sup>.

Con independencia de otras cuestiones discutibles, como la de si tal bipartición no es demasiado reduccionista, en todo caso esta posición presenta un importante déficit de fundamentación: se da por sentado que es evidente, y por ello no se busca la menor base legal o jurídica concreta a esta tesis, que el sujeto que organiza su esfera jurídica interfiriendo esferas jurídicas ajenas se ha de convertir automáticamente en garante de los bienes jurídicos ajenos<sup>174</sup>; y por ello y por no especificar ni prestar suficiente atención a la concreta fuente jurídica en que se concretaría esa pretendida “competencia” por

---

<sup>170</sup> Así VOGEL, Norm und Pflicht, 1993, passim; BACIGALUPO, en Conde-Pumpido (dir.), CP, I, 1997, 434 ss.; LASCURAÍN, Los delitos de omisión, 2002, 49 ss., y partiendo de ella desarrolla (53 ss.) un planteamiento similar; PÉREZ DEL VALLE, Lecc PG, 2016, 97 (aunque sin citar a Jakobs; aquí y en 123 ss., coincidiendo tb. con la bipartición jakobsiana, aplica ese planteamiento sobre las posiciones de garante no sólo a los delitos de omisión, sino tb. a los de acción). Aceptándolo en gran medida PALMA, PG, 2013, 72 ss., 68 ss.; una cierta influencia hay tb. en los planteamientos de DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 741 ss. Combinando el criterio de Jakobs con el de Arm. Kaufmann, KINDHÄUSER, AT, 8.ª 2017, § 36/52 ss.

<sup>171</sup> Así ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/7, 17.

<sup>172</sup> JAKOBS, AT, 1983, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 6/32. Cfr. sobre ello críticamente mi exposición en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.ª 2012, 3.ª 2016, 10/31 s.

<sup>173</sup> AT, 1983, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 28/14 ss., 29/101 ss.

<sup>174</sup> Así lo he criticado ya en LUZÓN PEÑA, Libt 6 2017, 197; RDP 2017-2, 117; ForFICP 2021-3, 48.



autoorganización o institucional, en varias ocasiones esta posición va a dar por buena la existencia de posiciones de garante sin comprobar si verdaderamente existe un deber jurídico de garantía: v. a continuación IV.6.

Por otra parte, el criterio jakobsiano sigue centrado en la perspectiva de buscar el origen de los deberes de garante, aunque a diferencia de la teoría de las fuentes formales, adentrándose en la razón material de por qué social y jurídicamente se atribuye a una persona deberes o posiciones especiales de garantía; pero prescinde de la perspectiva, también material, de la distinta función o finalidad que cumplen o pretenden cumplir esos deberes de garante: o bien vigilar y controlar una fuente muy concreta de peligro, a veces latente, pero a veces incluso ya en marcha, para alguno o para múltiples bienes jurídicos, o bien proteger algún bien o algunos bienes jurídicos frente a todos los múltiples e inconcretos posibles peligros que puedan afectarlos. Y no se puede ignorar esa perspectiva de la función material, que ya había destacado perspicazmente ARM. KAUFMANN, y que es esencial, porque, como veremos (*infra* VI.3.h, 4.a-b), la diferencia de situación con mucha mayor concreción de la situación de peligro y mayor sencillez de la labor de contrarrestarlo en los garantes de control hace más plausible en muchos de ellos afirmar la equivalencia con la comisión activa que en los supuestos de los garantes de protección, con mayor inconcreción y amplitud de las posibles futuras situaciones de peligro y mayor dificultad para el garante de cumplir esa protección.

## **6. Ventajas e inconvenientes de la teoría formal y de las teorías materiales. La delimitación de los auténticos deberes jurídicos de garantía mediante los criterios de la teoría formal<sup>175</sup>**

Las teorías materiales tienen la ventaja de poner mejor de relieve el sentido real que cumplen y las características comunes de las diversas posiciones de garantía, especialmente la de las funciones de ARM. KAUFMANN, que permite destacar la diferencia entre la función de vigilar y controlar una concreta fuente de peligro frente a múltiples posibles bienes jurídicos afectados por el mismo y la función de proteger a algún bien jurídico concreto frente a múltiples, numerosísimos e indeterminados por futuros y aún inexistentes eventuales peligros (y como veremos, es más posible que en este segundo caso no haya equivalencia). Por el contrario, ello no lo destaca la teoría de las fuentes

---

<sup>175</sup> Mi posición sobre todo ello anticipada ya sintéticam. en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/63 ss.; y más desarrollada en Libt 6 2017, 197 ss.; RDP 2017-2, 117 ss.; ForFICP 2021-3, 48 ss.

formales de las posiciones de garante, que efectivamente peca de formalismo, pero a cambio tiene la ventaja de dar mayor precisión, seguridad y limitación a la fijación de los auténticos deberes jurídicos especiales, mientras que la teoría de las funciones no le da demasiada importancia a si éstas derivan de auténticos deberes jurídicos y propende a una expansión excesiva de las posiciones de garante. En efecto, la teoría formal, al limitar las fuentes inicialmente a la ley y el contrato, y más tarde ampliarlas también a la ingerencia, tiene la virtud de adoptar un posición muy estricta, incluso restrictiva, sobre cuándo puede haber auténticos deberes jurídicos de actuación especiales para algunas categorías de personas; y no hay que olvidar que la regulación legal del art. 11 CP, igual que la del § 13 StGB, exige como primer requisito para la comisión por omisión que infrinja “un especial deber jurídico del autor”<sup>176</sup>.

Prescindiendo por el momento del actuar precedente peligroso o ingerencia, que durante un buen periodo era dudoso si generaba un deber jurídico y luego tuvo un reconocimiento legal parcial en la omisión de socorro agravada, pero que ahora está reconocida como fuente de deber de garante precisamente por el art. 11, la remisión de éste a la ley y al contrato señala las fuentes más evidentes de deberes u obligaciones. La ley, entendida aquí en el sentido amplio de norma escrita de un poder público puede imponer tanto en el Derecho público como en el privado, además de deberes generales a los ciudadanos, deberes específicos a categorías concretas, como autoridades o funcionarios, profesionales, empresarios, directivos, parientes, etc. Y en Derecho privado el contrato o figuras asimiladas es fuente de deberes y obligaciones para las partes (la voluntad de las partes es ley entre ellas). Pero si somos más exactos, como es bien sabido, en Derecho privado desde el Derecho romano se efectúa una división tripartita de las fuentes de las obligaciones: contratos, cuasicontratos y actos ilícitos, que es cuatripartita si se divide el elemento actos ilícitos: contratos, cuasicontratos, delitos y cuasi delitos<sup>177</sup>, en estos dos últimos casos en definitiva el acto ilícito, penal o no, que causa un daño o

---

<sup>176</sup> Así, pese a criticar la redacción de las tres fuentes de posición de garante mencionadas en el art. 11 CP por su excesivo formalismo, consideran sin embargo que el respeto al principio de legalidad exige que haya un deber jurídico especial y no puede bastar la asunción fáctica o desempeño material de funciones de garante sin ese deber jurídico CEREZO, Curso III, 2001, 266; PG, 2008, 986; siguiéndole NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 150.

<sup>177</sup> En una evolución que va desde la inicial división de Gayo incluyendo sólo el contrato y el delito – civil– (Gaius, Instituciones, 3,88: *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*), hasta la cuatripartición recogida en las Instituciones de Justiniano, I, 3, 13, 2: *ex contractu, ex delicto, quasi ex contractu y quasi ex maleficio* (o *ex delicto*): Cfr. DE LOS MOZOS, Clasificación de las fuentes de las obligaciones, en Seminarios Complutenses de Derecho Romano 6, 1994, 103 ss., 116; RODRÍGUEZ ENNES, En torno al derecho romano de obligaciones, AFDUCorñ 5 2001, (693 ss.), 701 ss., 707.

perjuicio; y el CC español el art. 1089 establece: “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”, por tanto de ilícitos tanto penales como extrapenales. Los deberes provenientes de estas fuentes son en última instancia deberes de reparar e indemnizar si se produce el daño, pero primariamente en los contratos o pactos cuasicontractuales son obligaciones; y del mismo modo puede entenderse que los actos ilícitos, antes del deber de reparar el daño si se llega a producir, en la fase de peligro, generan previamente la obligación especial de evitar el daño o resultado o contrarrestar el peligro producido por el acto ilícito. Si es así, ello da base para legitimar que de la ingerencia de carácter ilícito (imprudente pero no cuando haya habido caso fortuito u otra causa de justificación en la previa conducta creadora del peligro), ya antes de su reconocimiento expreso por el art. 11, surgía un deber especial de evitar el resultado.

Pues bien, aplicando los mencionados criterios se puede delimitar con bastante rigor los *deberes jurídicos* de garante de los *deberes meramente éticos o ético-sociales*:

Así, hay deberes a lo sumo sólo morales, como ya he advertido, en muchos casos de la comunidad de peligro y en la mayoría de los de convivencia o comunidad de vida<sup>178</sup> (v. *supra* IV.4. a2), o entre familiares no muy próximos y no legalmente obligados (v. *supra* IV.4. a1), o cuando autoridades o funcionarios no tienen obligación legal o incluso pactada de actuar y se pretende basar su posición de garante en el deber general de las Administraciones de actuar al servicio de la sociedad (v. *supra* IV.4. a5). En cambio, en algunos de los deberes que han sido discutidos, sí se puede encontrar un fundamento jurídico al deber de garante: Así en los casos de actuaciones precedentes peligrosas ilícitas, incluso en los ordenamientos que no reconocen explícitamente la ingerencia como sí hace ahora el art. 11 CP (por generar la ingerencia ilícita obligaciones derivadas de delito o cuasidelito: v. *supra* IV.4. b2). En la transferencia o delegación de responsabilidad hay acuerdo o pacto, aunque no sea contrato estricto (v. *supra* IV.4. a4 i.f.). La asunción unilateral de una función de protección o de supervisión y control, si se mira bien, realmente supone un pacto tácito entre el asumidor y la colectividad (v. *supra*

---

<sup>178</sup> Por no ser deberes jurídicos los rechazan como deberes de garante p. ej. GEILEN, FamRZ 1961, 147 ss.; FamRZ 1964, 385 ss.; GALLAS, Studien zum Unterlassungsdelikt, 1963, 92 ss.; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 338 s. (Fundamento y límites, 2009, 388), destacando que son deberes ético-sociales, por tanto no jurídicos; SAINZ CANTERO, Lecciones, 3.ª 1990 519: no hay cauce positivo para la admisión de ambas clases (sólo admite los derivados de ley, aceptación especial y conducta anterior); SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, 30.ª 2019, § 13/17, rechazando los deberes simplemente morales de estas situaciones, y admitiendo sólo los jurídicos por parentes, contrato o asunción.

IV.4. a4): al hacerse cargo, transitoriamente o con más estabilidad, de la protección de bienes jurídicos o personas desprotegidas o del control de un peligro, la colectividad acepta esa oferta del sujeto<sup>179</sup> y por eso no busca o encarga a otra persona, al menos hasta que considera que debe sustituirla.

Pero hay que volver a advertir de que los **deberes de garante**, fundamentados jurídicamente mediante una fuente formal y explicados materialmente en cuanto a su función, **no son suficientes para que haya omisión impropia**, sino que, desde antes del art. 11 del CP 1995, tal omisión del garante ha de equivaler a la comisión activa para que pueda subsumirse en el tipo legal correspondiente y respetar el principio de legalidad, exigencia que afortunadamente hoy consagra expresamente dicho art. 11. Y este segundo y decisivo requisito no lo satisfacen por sí solas ni las teorías formales ni las materiales sobre las posiciones de garante; es más, mayoritariamente unas y otras se han caracterizado por despreciar el requisito de la equivalencia y sostener que la omisión de quien tiene un especial deber jurídico de garante y podía evitar el resultado actuando ya es *eo ipso* comisión por omisión<sup>180</sup>.

## V. EQUIVALENCIA (O CORRESPONDENCIA) CON LA CAUSACIÓN ACTIVA DEL RESULTADO (COMISIÓN ACTIVA)

Ahora bien, la posición de garante del omitente, incluso basada en un estricto deber jurídico especial de actuar para evitar un resultado lesivo, contra lo que ha sostenido una

---

<sup>179</sup> Similar SILVA, CPC 1989, 376 n. 39 i.f., refiriéndose a su criterio del compromiso de barrera de contención como fundamento de la omisión impropia: “el compromiso, como término de relación voluntaria individuo-sociedad”. En sentido contrario, SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 353 (Fundamento, 2009, 403), refiriéndose al médico de urgencias que no atiende a un paciente que llega allí, sostiene que “la asunción de un servicio de socorro sólo genera una posición de garante si se efectúa frente al titular del bien jurídico o frente a un garante mediante un acto de confianza. Por el contrario, una *asunción frente a la colectividad* sólo crea una canalización de los deberes generales de socorro del § 330 c [omisión de socorro] y por ello no puede fundamentar *ninguna* relación de dominio concreta”. Pero eso es porque se está refiriendo a los médicos que al estar en el servicio de urgencias están asumiendo su disposición y deber de atender y proteger a los potenciales usuarios que lleguen a ese servicio, pero aún no han asumido el tratamiento de un paciente en concreto. Mientras que en el texto me estoy refiriendo a la asunción efectiva de la protección de una persona concreta incapacitada para solicitarla o del control de un peligro concreto como pacto del asumente con la colectividad.

<sup>180</sup> Así la doc. dom. De la doc. alemana, entre muchísimos, MEZGER, Strafrecht, 3.<sup>a</sup> 1949 (Tratado I, 2.<sup>a</sup> 1946, 3.<sup>a</sup> 1955), § 16 III. 2, IV; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.<sup>a</sup> 1996 [PG, 5.<sup>a</sup> 2002], § 59 IV (en V con una ligera excepción exigiendo algo más para la correspondencia en los tipos con modalidades limitadas de ejecución); SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.<sup>a</sup> 2014, § 13/2 ss. (todos con ulteriores numerosas citas). De la doc. de habla española cfr. solamente, p. ej., JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 2.<sup>a</sup> 1958, 416 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG I, 1977, 307 ss.; SAINZ CANTERO, Lecciones, 3.<sup>a</sup> 1990, 518 s.; Bustos, Manual PG, 4.<sup>a</sup> 1994, 383 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.<sup>a</sup> 1995, 387 s.; POLAINO, PG II, 2000, 271 ss. Exponiéndolo como doc. dom. DONNA, PG, VI, 2010, 260 ss., aunque él acaba siguiendo (319 s.) la exigencia del dominio de Schönemann.

buena parte de la doctrina, no es suficiente por sí sola para que la omisión de actuación de ese garante suponga una omisión impropia o comisión por omisión, es decir una omisión que encaje en un tipo comisivo de producción del resultado, inicialmente pensado para la causación activa del mismo. Antes de la introducción de una regulación expresa de la comisión por omisión en la Parte general en preceptos como en 1969/1975 el § 13 StGB alemán y en el nuevo CP español de 1995 en el art. 11, la observancia del principio de legalidad criminal y por tanto de tipicidad exigía, como lo sigue exigiendo en los CP de otros países sin una regulación específica de la omisión impropia, que la omisión del garante encaje directamente por ser exactamente subsumible en el tipo legal del correspondiente delito comisivo resultativo, en el homicidio, lesiones, estafa o defraudación, daños, incendios, etc. y ello requiere una exacta equivalencia o identidad de significado con la causación activa del resultado lesivo. Y mientras que nadie discute que hay homicidio en sentido amplio en comisión por omisión en la madre que no alimenta y deja morir de inanición a su bebé recién nacido, sin embargo parece claro que algunas omisiones de garantes que no evitan un resultado no equivalen a causarlo activamente y por ello no realizan el tipo comisivo, que p. ej. si uno de los padres, con relación muy mala con su hijo adolescente, no evita pudiendo que un tercero lo apuñale, no ha cometido homicidio porque no ha matado a su hijo, o que si en un supuesto de ingerencia un automovilista atropella imprudentemente a un peatón en una carretera y pese a ver que el herido necesita urgente asistencia médica prefiere abandonarlo y huir y el peatón acaba muriendo al no recibir pronta asistencia, el conductor con su omisión no ha matado dolosamente al peatón (sino que ha realizado una inicial acción imprudente de lesiones que finalmente causan la muerte y una posterior omisión de socorro agravada por ingerente).

Y en *las indicadas regulaciones específicas* de códigos como el español, el austríaco o el alemán, porque las mismas *requieren expresamente que además* de la existencia de un deber jurídico especial de actuación la *omisión de ese garante “equivalga”* según el sentido del texto de la ley a la causación activa, que sea equiparable, o al menos que “corresponda” a ella. No se pide en esas regulaciones “identidad”, que la omisión sea “idéntica” a la comisión activa, como ha sostenido un sector minoritario<sup>181</sup>,

---

<sup>181</sup> Muy especialmente y con la fórmula de “identidad estructural” SILVA, El delito de omisión, 1986, 369 ss., 651 ss.; CPC 1989, 374 s., 377; El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, 1997, 64 s., 66, 69 = en Cobo (dir), Coment CP I, 1999, 458, 461, 463; yo mismo, en PJ 2 1986, 80, 82, simpatice con esa

puesto que en la comisión por omisión no se causa ontológicamente el resultado como en la comisión activa y eso impide la identidad morfológica, sino que sólo puede haber equivalencia normativa dentro de la imputación objetiva, o sea imputación jurídica, es decir, identidad normativa –esa sí– por infringir en ambos casos la norma prohibitiva, la prohibición de lesionar (o poner en peligro) un bien jurídico.

#### A. CRITERIOS NO RESTRICTIVOS DE EQUIVALENCIA O EQUIPARACIÓN. SU FAVORECIMIENTO POR UNA REGULACIÓN LEGAL (STGB) QUE EXIGE SÓLO “CORRESPONDENCIA” Y PERMITE ATENUACIÓN<sup>182</sup>

La doctrina mayoritaria desde luego en la tan influyente dogmática penal alemana, y por influencia suya en buena parte de la doctrina de otros países no defiende criterios muy restrictivos para afirmar la equivalencia de la omisión de un garante con la comisión activa de la causación de un resultado. Incluso hay autores que rechazan que además de posición de garante tenga que haber otras condiciones adicionales para la equivalencia o correspondencia, sosteniendo que la omisión de quien tiene un deber especial de garantía ya equivale o corresponde a la comisión activa. Ello lo favorece la cláusula del § 13 StGB que exige sólo “correspondencia” con la comisión activa en vez de equivalencia (lo que en se hizo de modo plenamente consciente en la reforma alemana), unido a que dicho precepto a continuación prevé la *posibilidad de atenuar* para el delito omisivo impropio o comisivo por omisión la pena del delito comisivo activo (igual que hace el art. 10 del CP portugués); con lo cual está reconociendo que en los supuestos en que se aplique la atenuación *la gravedad del hecho no es la misma que la del delito de comisión activa*. Y desde luego si una omisión de un garante pese a ello no equivale a la comisión activa, no se puede afirmar que realiza el tipo comisivo; de hecho, es frecuentísimo que **los autores**

---

fórmula; la sigue PÉREZ ALONSO, en Zugaldía (dir.), Fund PG, 4.ª 2010, 484 s. Sin embargo, refiriéndose a la identidad estructural y material que defiende Silva (y otros), NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 151, precisan que se trata de “identidad en el plano normativo (no evidentemente en el ontológico)”, e igual RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad, 2005, 60 ss., como ya hizo el propio SILVA, CPC 1989, 374 s. (identidad estructural en el plano normativo); El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, 1997, 64 s. = en Cobo (dir), Coment CP I, 1999, 458: “estructuralmente idénticos” (naturalmente en el plano normativo de las estructuras de imputación)”, aunque en otro lugar (El nuevo CP, 77; Coment CP, I, 487) habla de “identidad de estructuras *materiales* en el plano normativo”; precisando tb. que la identidad estructural es “identidad o equivalencia normativa” PÉREZ ALONSO, cit., 2010, 485. Como señalo en el texto, entendida como identidad normativa o equivalencia normativa, sí es admisible exigir “identidad estructural”.

<sup>182</sup> Mi exposición sobre este ap. V y V.A.1-2 anticipada ya sintéticam. en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/67-74; ForFICP 2017-1, 219 s.; LH-Mir, 2017, 690 s.; y más desarrollada en Libt 6 2017, 201-205; RDP 2017-2, 121-126.



que en esos casos sostienen que hay comisión por omisión, hablen de que el garante “responde por” homicidio o lesiones, o de que a la omisión del garante “se le imputa el resultado”, y no digan que aquél ha matado o lesionado, que su conducta ha producido el resultado lesivo<sup>183</sup>, con lo que ese uso del lenguaje delata que se está imputando o atribuyendo responsabilidad penal por un tipo delictivo de resultado a quien realmente no comete ese tipo.

### 1. La posibilidad de evitar el resultado (evitabilidad) con la acción debida; la causalidad negativa

La doctrina mayoritaria considera que para la correspondencia o equivalencia con la causación activa el criterio, dado que aquí no hay causación positiva y estricta del resultado, será la llamada causalidad negativa o hipotética: o sea, la evitabilidad o posibilidad de evitación del resultado con la acción debida<sup>184</sup>; es decir, que se pueda comprobar en el caso concreto que si el garante hubiera llevado a cabo la acción requerida se habría evitado el resultado lesivo (de muerte, lesiones, daños, incendio, perjuicio patrimonial, insolvencia o quiebra de la empresa ...) con seguridad o al menos con una probabilidad rayana en la certeza o seguridad.

Sobre cuándo se puede afirmar que ello es así o no, y sobre si basta esa evitabilidad para la equivalencia o por el contrario, por ser hipotética y por ello incierta, vulneraría en *in dubio pro reo*, remito a lo expuesto *supra* III.2. b4, III.3. c). Pero aparte de ello, este criterio **no puede ser suficiente para fundamentar la equivalencia** con la causación activa: pues, como hemos visto (*supra* III.2. c1, párr. 3.º y 4.º), ocurre que también en las omisiones propias efectuadas por no garantes se podrá afirmar en muchos casos la evitabilidad del resultado si el omitente hubiera llevado a cabo la acción salvadora o auxiliadora debida, y sin embargo hay unanimidad en que no por ello equivalen a la causación activa del resultado ni se transforman en comisión por omisión. De modo que sí, cuando quien omite es garante y había evitabilidad, se pretende afirmar la comisión

---

<sup>183</sup> Hablan muchísimas veces de imputación del resultado a la omisión o de responder por el resultado y no de producirlo en muchos ejemplos donde precisamente es dudosa la equivalencia con la causación activa, p.ej., SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 15.ª 1970/17.ª 1974, antes del § 1/126; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 290, *passim* = Fundamento y límites, 2006, 338, *passim*; LASCURAÍN, Los delitos de omisión, 2002, 55: “en los delitos de omisión y resultado (de imputación de un resultado a una omisión)”; constantemente ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], §§ 31 y 32.

<sup>184</sup> Ese es el requisito adicional a la posición de garante para la doc. muy mayoritaria, tanto la moderna que exige imputación objetiva del resultado como la más tradicional que exige causalidad negativa o hipotética: v. *supra* en las n. 91-99 y 54-62.

por omisión, entonces será únicamente la posición de garante la que fundamentará la existencia de ésta.

Por eso la evitabilidad o inevitabilidad del resultado lo que constituirá es el criterio en su caso para que a una omisión equivalente por otras razones a la comisión activa se le pueda imputar objetivamente el resultado producido y constituya un delito consumado o por el contrario (en caso de inevitabilidad) no haya imputación objetiva del resultado, sino sólo tentativa si la conducta era dolosa, y si era imprudente, una impune conducta imprudente sin resultado.

## 2. El criterio de ROXIN; otros

Es muy significativa la posición de un autor tan importante como ROXIN, que a pesar de haber afirmado que sigue a su discípulo SCHÜNEMANN en el criterio restrictivo del dominio sobre el fundamento u origen del resultado<sup>185</sup>, luego no lo aplica en absoluto de modo estricto (admitiendo p. ej. omisión impropia en la ingerencia en contra de la posición de SCHÜNEMANN)<sup>186</sup> y, tras rechazar otros intentos de dar contenido en la doctrina y jurisprudencia alemana a la cláusula de la correspondencia, acaba atribuyéndole un papel absolutamente marginal: En efecto, sostiene: para la cláusula de la correspondencia “queda sólo el caso en que elementos cualificantes caractericen únicamente la actuación del autor comisivo, sin influir en la valoración de la conducta omisiva. Si un garante deja, por ejemplo, que se lleve a cabo la muerte alevosa de una persona que está bajo su protección (§ 211), debe responder por dicha muerte. Esto constituye en principio un homicidio por omisión. ¿Pero hay también un asesinato por omisión? La respuesta habrá de ser negativa”<sup>187</sup>. Ello se debe a que, fuera de estos casos, con carácter general, él, coincidiendo con la doctrina alemana, niega a la cláusula de la correspondencia ninguna

---

<sup>185</sup> ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/19-21, 31 y a continuación, siguiendo a Schönemann titula el ap. IV (§ 32/33-106) como “El dominio sobre el desamparo del bien jurídico (posición de garante de protección o custodia)” y el ap. V (§ 32/107 ss.) como “El dominio sobre el foco del peligro (posición de garante de vigilancia o aseguramiento)”.

<sup>186</sup> Así ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/150 ss.

<sup>187</sup> ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/239 ss. En el mismo sentido, entre otros muchos, RENGIER, AT, 12.ª 2020, § 49/32-34.

función limitadora de la tipicidad adicional al deber jurídico especial o de garante para los delitos puros de resultado<sup>188</sup>.

Otros criterios exigidos en Alemania para la “correspondencia”: en el Proyecto oficial alemán de reforma del StGB de 1962 se aludía como criterios adicionales para que haya correspondencia a: una segunda “valoración global” que tiene que efectuar el juez, a una “mayor vinculación al deber” en unos garantes –p.ej. en una madre que en una simple niñera respecto del niño pequeño– o a que no haya inexigibilidad<sup>189</sup>; el criterio de la valoración global enlazaba con una propuesta de GALLAS en ese sentido en la discusión del anterior proyecto de 1959<sup>190</sup>. La doc. mayoritaria los rechaza con razón, especialmente el de la ulterior valoración global del juez, por su imprecisión y ser totalmente contrarios a la seguridad jurídica<sup>191</sup>. En cambio, esa doc. mayor. sigue para la interpretación de la cláusula de la correspondencia otro criterio restrictivo de GALLAS en la discusión de los proyectos de reforma: en *tipos con modalidades limitadas de acción*, como p. ej. en la estafa la producción de perjuicio mediante engaño, hay que examinar si

---

<sup>188</sup> Sobre ello v. ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/224, 227 al principio. Igualmente la doc. dom. alemana: v. por todos p.ej. WOHLERS/GAEDE, NK, 4.<sup>a</sup> 2013, § 13/32 s.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.<sup>a</sup> 2014, 30.<sup>a</sup> 2019, § 13/4; KÜHL, AT, 8.<sup>a</sup> 2017, 18/123; WEIGEND, LK, 13.<sup>a</sup> 2019, § 13/77; RENGIER, AT, 12.<sup>a</sup> 2020, § 49/30; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.<sup>a</sup> 2020, nm. 1205 (casi todos con con ulter. citas). Alguno (JAKOBS, AT, 2.<sup>a</sup> 1991 [PG, 2.<sup>a</sup> 1997], 29/78; FRISTER, AT, 9.<sup>a</sup> 2020, 22/3) considera restrictiva la “correspondencia” en tipos de resultado pero con un resultado intermedio. Algunos incluso le niegan a la cláusula de la “correspondencia” función alguna en cualquier clase de tipos: NITZE, Die Bedeutung der Entsprechensklausel, 1989, 111, 189; PERDOMO TORRES, FS-Jakobs, 2007, 499 ss. Por el contrario, le conceden significado restrictivo SCHÜNEMANN: v. ampliam. *infra* V.B.I.; FREUND, MK, 1.<sup>a</sup> 2003 a 4.<sup>a</sup> 2020, § 13/202 ss.: exigir que concurren los requisitos de imputación objetiva; KARGL, ZStW 119 2007, 250 ss., 278: que en una valoración global del hecho esa omisión resulte con el mismo peso en valoración del ilícito o injusto que la comisión activa.

<sup>189</sup> Cfr. ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/221 ss.; en nm. 223 recoge algunas contadas sents. que utilizan esos criterios.

<sup>190</sup> GALLAS, en Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, t. XII, 1959, 82, sostenía que incluso en los delitos puros de resultado una cláusula de equivalencia tiene que darle al juez la posibilidad de poder decir “que en el caso concreto la conducta [scil. omisiva] no equivale a la comisión del hecho mediante un hacer”; así lo destaca ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/220. Similar es el criterio propuesto por DIEZ RIPOLLÉS, PG, 5.<sup>a</sup> 2020, 254, de “equivalencia valorativa”, de trazar la equivalencia no a partir de criterios normativos “rígidos, sino mediante una aproximación global, intuitiva”, y reconoce “la inseguridad que ella crea”, pero piensa que no superior a la de otros criterios normativos tan complejos.

<sup>191</sup> Así entre otros NITZE, Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), 1989, 29 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.<sup>a</sup> 1996 [PG, 5.<sup>a</sup> 2002], § 59 V, con más citas en n. 79; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 26.<sup>a</sup> 2000, § 13/4; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.<sup>a</sup> 2014, § 13/4. Frontalmente contra los tres criterios por su imprecisión *Roxin*, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/224, 227-229; sin embargo en nm. 226 n. 371 cita alguna doc. minoritaria (Henkel, Androulakis, Arth. Kaufmann/Hassemer, Kahlo y en la doc. austriaca Pallin y Nowakowski) que defiende la propuesta de la segunda valoración global.

la omisión equivale o no a esa modalidad de acción típica<sup>192</sup>.

## B. CRITERIOS RESTRICTIVOS PARA LA EQUIVALENCIA<sup>193</sup>

De modo ciertamente minoritario en la doctrina alemana algunos autores han mantenido criterios muy restrictivos para considerar que una omisión es valorativamente equivalente, no simplemente equiparable de modo lato, a la comisión activa<sup>194</sup>, entre los cuales la más destacada es la construcción de SCHÜNEMANN, que examinaremos a continuación. En una línea similar se ha manifestado alguna posición en la doctrina italiana<sup>195</sup>. En la doctrina de habla española, en la que han sido muy numerosas las posiciones que ponían incluso en duda la compatibilidad de la comisión por omisión con el principio de legalidad cuando no esté expresamente tipificada en una figura legal<sup>196</sup>, han sido más numerosas las tendencias hacia criterios claramente restrictivos para admitir que una omisión es equivalente a la comisión o causación activa y por ello subsumible en un tipo comisivo de resultado. En los siguientes aps. 2. a 4. se expondrán los principales criterios restrictivos materiales y precisos. Pero cabe señalar que también hay un buen grupo de opiniones que, a la vista de fórmulas como la del art. 11 CP español exigiendo

---

<sup>192</sup> GALLAS, en *Niederschriften*, XII, 1959, 79; lo señala ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/219 y en nm. 225 destaca esa influencia en la doc. dom. En efecto, defienden este criterio para interpretar la cláusula de la “correspondencia”, entre otros, WELP, *Vorangegangenes Tun*, 1968, 18 ss.; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 371 ss. = *Fundamento y límites*, 2006, 421 ss.; ROXIN, *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, JuS 1973, 199; RUDOLPHI, SK, 2.<sup>a</sup> 1977/7.<sup>a</sup> 2000, § 13/17 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT 2, 7.<sup>a</sup> 1989 [PG 2, 1995], § 46/55 s.; JAKOBS, AT, 2.<sup>a</sup> 1991 [PG, 2.<sup>a</sup> 1997], 29/78 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.<sup>a</sup> 1996 [PG, 5.<sup>a</sup> 2002], § 59 V; KÖHLER, AT, 1997, 230; FREUND, AT, 1998, § 6/8; STRATENWERTH, AT, 4.<sup>a</sup> 2000 [PG, 2005], § 13/62; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.<sup>a</sup> 2010, § 13/62; GROPP, AT, 4.<sup>a</sup> 2015, § 11/79 ss.; KÜHL, AT, 8.<sup>a</sup> 2017, § 18/122 ss.; WOHLERS, NK, 4.<sup>a</sup> 2017, § 13/19. Rechazan esta interpretación por demasiado imprecisa ROXIN, AT II 2003 [PG II, 2014], § 32/230 ss.; WEIGEND, LK I, 12.<sup>a</sup> 2006/07, § 13/77.

<sup>193</sup> Mi exposición sobre este ap. V.B y los núms. 1.-4. anticipada ya sintéticam. en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.<sup>a</sup> 2016, 31/67-74 (sólo esbozado en ForFICP 2017-1, 220 s.; ForFICP 2021-3, 56-59); y más desarrollada en Libt 6 2017, 205-229; RDP 2017-2, 127-156.

<sup>194</sup> Así entre otros RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, 98 ss.; ROXIN, *Kriminalpolitik u. Strafrechtssystem*, 1970, 18 s.; *Política criminal y sistema del DP*, 1972, 46 s.: sólo posiciones de garantía dentro de la función del curso social regular; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, *passim*, 229 ss. = *Fundamento y límites*, 2006, *passim*, 275 ss.; GA 1974, 231 ss. (y otras múltiples obras: v. a continuación V.B.1., espec. n. 199 y 222); NICKEL, *Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz nullum crimen*, 1972; ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, 1975, 9 s; SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, 1987, 377 ss., *passim*. Cfr. detalles en LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 80 n. 19; *Estudios Penales*, 1991, 236 n.19; DOPICO, *Omisión e injerencia*, 2006, 371 ss., incluyendo en 414 ss. un examen en la doc. italiana de las posiciones restrictivas de FIANDACA y GRASSO: v. *infra* n. sig.

<sup>195</sup> FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, 1979, 204 ss., 210: garante que ejerce “señorío” (signoria) “sobre cosas o ámbitos que contengan fuentes de peligro”; siguiéndole GRASSO, *Il reato missivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, 1983, 282 ss.; cfr. al respecto DOPICO, *Omisión e injerencia*, 2006, 414 ss.

<sup>196</sup> V. ampliamente *supra* n. 24.

que la no evitación de un resultado por quien tenía el deber especial e evitarlo “equiválga según el sentido del texto de la ley a su causación” o similares, se limitan a decir que hay que interpretar de modo muy estricto en cada tipo delictivo concreto cuándo una determinada conducta omisiva encaja en el sentido del texto legal del tipo comisivo y por ello es subsumible en el mismo y equivale a la causación, poniendo a lo sumo ejemplos, pero sin precisar más ni desarrollar algún criterio válido con carácter general<sup>197</sup>.

En lo que sí hay acuerdo –y con razón porque evidentemente ha de ser así– es en entender que la fórmula “según el sentido del texto de la ley”, con independencia del posible criterio general de equivalencia valorativa que se sustente, sí implica que la conducta omisiva en cuestión ha de cumplir los requisitos típicos específicos de cada figura legal, de modo que ello podrá suceder en los tipos puros de resultado, pero no si describen actividades concretas o modalidades de ejecución activa para producir el mismo<sup>198</sup>, o sea en los tipos de resultado o resultativos con modalidades limitadas de actividad o ejecución o tipos mixtos de actividad y resultado. Lo que, por cierto, ya se desprende de la exigencia general de tipicidad y por tanto de poder subsumir la conducta omisiva en el correspondiente tipo legal de resultado (v. *supra* II.2., párr. 2.º), con independencia de que en el correspondiente Código haya o no una fórmula como la del

---

<sup>197</sup> Así p. ej. GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 604 s.; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp PG, 8.ª 2019, 244. Estos planteamientos están en la línea de VIVES, Fundamentos, 2ª, 2011, 600, 614 s., que, aplicando su concepto significativo de acción y del sistema del delito, considera imposible un concepto general de posición de garante y que debe ser el análisis del uso común lingüístico de las diversas acciones típicas, matar, lesionar, causar daño etc., el que diga si la omisión de un garante encaja o no en el significado y expresión de sentido de tal acción típica, acorde con la exigencia del principio de legalidad y tipicidad, y rechaza por ello como insuficientes e imprecisos los criterios (de SCHÜNEMANN y mío) del dominio sobre el origen del resultado o de la creación o aumento del riesgo; sigue a Vives en todo BUSATO, PG, 3.ª 2017, 281-283, porque en general se adhiere (pp. 234 ss., 250 ss.) al concepto significativo de delito y de acción. A mi juicio, la mera remisión al significado o sentido lingüístico-legal de cada acción típica sin elaborar criterio general alguno peca de importante imprecisión, no acorde con el mandato material de precisión, determinación o certeza (exactamente igual que le ocurría p. ej. al concepto mezgeriano de relevancia o causa jurídicopenalmente relevante, que no llegó a elaborar mínimamente los necesarios criterios de imputación objetiva: v. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 15/30 s.) y por tanto realmente deja a la decisión judicial la interpretación del significado lingüístico en cada caso. Es curioso que, siendo así, se considere imprecisos e insuficientes criterios mucho más elaborados y seguros como el de SCHÜNEMANN o el mío.

Sobre otros intentos restrictivos distintos de los que se exponen a continuación (2 a 4) tanto en la doc. alemana como en la de habla española: v. citas en mi artículo en PJ 1986, 80 n. 19, 84 n. 25, y en mis EPen, 1991, 235 s. n. 19, 240 n. 25.

<sup>198</sup> Así lo señalan p. ej. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.ª 1995, 386; VILLAVICENCIO, PG, 2006, 660 s.; BERDUGO/ARROYO/ET AL., Curso PG, 2.ª 2010, 243; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp PG, 8.ª 2019, 243. Ya antes del art. 11 CP 1995 lo señalaban QUINTANO RIPOLLÉS, Curso I, 1963, 213 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro, 1966, 106 s.; PG I, 1977, 313 s.; CÓRDOBA, Coment I, 1972, 7 ss.; Gómez Benítez, TJD, 1984, 604 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 571; SAINZ CANTERO, Lecciones, 3.ª, 1990, 515 s. Destacan el cumplimiento de las exigencias específicas de cada tipo legal, pero sin precisar tanto, COBO/VIVES, PG, 5.ª 1999, 394.

art. 11 del actual CP español de 1995 que remita la equivalencia al “sentido del texto de la ley”.

A continuación se va a exponer primero los tres criterios restrictivos más importantes en el orden cronológico desde su aparición (1. a 3.), incluyendo como segundo el propuesto por mí; después (4.) se expondrá brevemente otros criterios restrictivos; y finalmente se compararán coincidencias y diferencias entre los criterios principales (5.). Y ya en el apartado siguiente (VI) se desarrollará ampliamente el criterio de equiparación aquí defendido.

### 1. El dominio sobre el fundamento, razón u origen del resultado: SCHÜNEMANN.

Vamos a exponer en primer lugar sintéticamente su criterio y su fundamentación de la equivalencia con la causación activa: Para SCHÜNEMANN el factor común de equiparación entre la causación activa de un resultado y la comisión por omisión es el principio general de imputación que consiste en el **dominio sobre el fundamento, origen, razón o causa del resultado**<sup>199</sup>. En efecto, razona, si en los delitos de comisión activa el fundamento (origen, razón) inmediato del resultado es el proceso causal provocado por el movimiento corporal, pero lo que permite la imputación de todo esto a la persona es el dominio absoluto e inmediato de la persona con su voluntad sobre tal movimiento corporal, es decir sobre el fundamento inmediato del resultado<sup>200</sup>,

---

<sup>199</sup> En alemán, *Herrschaft über den Grund des Erfolges*. Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 229, 236 ss. [y en la reedic. titulada *Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolges*, 2020], *passim* = Fundamento y límites, 2009, 275, 283 ss., *passim*; *Unternehmenskriminalität*, 1979, 62 ss., 95 ss., *passim*; ADPCP 1988, 533 ss.; en Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder (eds.), *Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen*, 1994, 137 ss.; en Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, 49 ss.; en *Gimbernat/Schünemann/Wolter, Omisión e imputación objetiva* en DP, 1994, 11 ss.; LH-Gimbernat, 2008, 1609 ss. Aplicándolo al actuar por otro en: ZSchwR 1978, 131 ss.; Jura 1980, 354 ss. y 569 ss.; wistra 1986, 235 ss.; LK 11.ª 1993, 12.ª 2006/07, § 14. Su fórmula en alemán es *Herrschaft über den Grund des Erfolges*: dominio sobre el fundamento, origen o razón del resultado; *Grund* se puede traducir indistintamente por fundamento, origen, razón de algo o causa; aunque causa es un término no unívoco y por ello aquí podría parecer más inadecuado (en el contexto de la causalidad es *Ursache*: causa, causa originaria), pero el propio SCHÜNEMANN usa como sinónimo en otros momentos (*Grund und Grenzen*, pp. 281 ss., 300, 323) en alemán la expresión dominio “sobre una causa esencial del resultado” (“*über eine wesentliche Erfolgsursache*”) cuando se trata de dominio sobre actuaciones en que hay auténtica causalidad material. En las traducciones al español, la de su libro completo *Fundamento y límites*, 2009, de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, utiliza con precisión “fundamento” donde en alemán aparece *Grund*, pero otras traducciones suelen hablar de causa o fundamento: p.ej. GRACIA, Prólogo a la ed. española de Schünemann, *Fundamento*, 2009, 24 (aunque a continuación, 24-27 utiliza ya sólo fundamento); en otros trabajos habla de la “causa fundamental” o “causa fundamental o determinante” del resultado: así en DIEZ RIPOLLÉS/GRACIA, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, 1993, 84 y n. 410); RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, 117 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, DPEcon PG, 4.ª, 2014, 524.

<sup>200</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 235 s.= Fundamento y límites, 2009, 281-283.



generalizando y abstrayendo ya se ha encontrado el principio general de imputación, el dominio sobre el fundamento o razón del resultado, que ha de darse también en la omisión impropia para que pueda equivaler a la comisión activa y se le pueda imputar el resultado<sup>201</sup>.

Su argumentación es la siguiente: En los delitos de comisión activa resultativos lo que permite la imputación del resultado a la acción y con ello a la persona es que, siendo el movimiento corporal lo que provoca mecánicamente el curso causal conducente al resultado –lo cual ciertamente permite imputar el resultado al movimiento corporal–, hay una peculiaridad del movimiento corporal humano que permite la imputación del resultado a la persona, al centro de imputación personal, y es que es un movimiento no puramente físico como una convulsión epiléptica o un movimiento materialmente forzado por *vis absoluta*, sino debido al centro personal de acción del espíritu y voluntad de una persona psicofísicamente intacta, y ese movimiento corporal voluntario provoca el proceso causal y de ese modo el fundamento inmediato del resultado<sup>202</sup>: con ello “la esencia, decisiva también para la cuestión de la equiparación, de la relación entre persona y movimiento corporal ... consiste en el *dominio absoluto de la persona sobre el cuerpo*”<sup>203</sup>. Y si en la comisión activa lo esencial es por tanto ese dominio sobre el movimiento que provoca el fundamento inmediato –la causación– del resultado, dicho criterio general del *dominio sobre el fundamento o razón del resultado* ha de ser también el aplicable a los supuestos omisivos impropios como criterio de equiparación o equivalencia<sup>204</sup>. Ahora bien, en los delitos omisivos, como no hay una causación mecánica, en el sentido de las

---

<sup>201</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 235 s.= Fundamento y límites, 2009, 281-283.

<sup>202</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 234 ss.= Fundamento y límites, 2009, 280 ss.

<sup>203</sup> SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 235= Fundamento y límites, 2009, 282.

<sup>204</sup> SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 235= Fundamento y límites, 2009, 282 s.; él mismo resume así los pasos de su argumentación (Grund, 237.= Fundamento, 283 s.): “1) los delitos de omisión impropia están previstos tácitamente en el Código penal; 2) para serlo, sólo aparecen como candidatas omisiones iguales a la comisión; 3) la igualdad a la comisión depende de qué peculiaridades de la acción fundamentan la punibilidad en el respectivo género de delitos; 4) el fundamento de la punibilidad reside, en los delitos de resultado, en la imputación del resultado a la persona; 5) el fundamento de esta imputación reside en la relación entre la persona y el movimiento corporal como causa inmediata del resultado; 6) dado que, merced a lo establecido tácitamente por el StGB, sería posible la equiparación de acción y omisión precisamente en los delitos de resultado, ésta puede y tiene que tener lugar únicamente si se pone de manifiesto una relación en la omisión equiparable a la relación indicada en el paso 5); 7) tal equiparación sólo puede tener lugar buscando el factor común, esto es, averiguando el principio general cuya especificación se menciona en el paso 5); y 8) Este principio general de imputación es el *dominio sobre el fundamento, [origen,] razón o causa del resultado*”. Este pasaje lo reproduce GRACIA, en su Prólogo a la ed. española de SCHÜNEMANN, Fundamento y límites, 2009, 24.

ciencias naturales, del resultado por una acción<sup>205</sup>, para poder equipararlos a la comisión activa la imputación del resultado ha de realizarse en dos pasos o etapas: primero hay que averiguar cuál es el fundamento (o razón) –inmediato(a)– y en segundo lugar examinar si el omitente ejercía dominio sobre el mismo<sup>206</sup>. Ello comienza ejemplificándolo de la mano de algunos casos básicos, de los que cito sólo los últimos: en el caso, límite entre acción y omisión, del conductor que causa con el auto un accidente que se podía haber evitado frenando a fondo, lo decisivo es el dominio sobre el auto en circulación que como fuente de peligro supone el fundamento o razón del resultado, igual que sucede en dos casos indiscutidos de omisión impropia: el de la madre que deja morir de inanición a su bebé lactante, “caracterizado por el dominio de la madre sobre el bebé desamparado”, y el del guardaagujas que no cambia la vía, haciendo chocar a los trenes, donde el mismo “ejerce el dominio sobre la aguja del cambio de vías, que constituye el fundamento del resultado”<sup>207</sup>; como se ve, la fundamentación en estos supuestos omisivos es simple y poco desarrollada.

SCHÜNEMANN desarrolla ese criterio señalando que el fundamento del resultado – sobre el que ha de haber dominio– puede consistir en primer lugar en el sustrato físico de un movimiento corporal causante o de una cosa peligrosa, un curso peligroso como los procesos técnicos o en general de una fuente de peligro y en segundo lugar en el desvalimiento o vulnerabilidad de la víctima<sup>208</sup> y reconoce que su criterio se superpone con la bipartición de ARM. KAUFMAN de posiciones de garante de supervisión de una fuente de peligro y de protección de un bien jurídico, pero añadiendo como requisito esencial el elemento lógico-real del dominio sobre ello<sup>209</sup>. En el deber de garante de vigilancia o control de una fuente de peligro requiere dominio sobre la fuente de peligro<sup>210</sup>

---

<sup>205</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 234 = Fundamento y límites, 2009, 280.

<sup>206</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 238 = Fundamento y límites, 2009, 285.

<sup>207</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 240 = Fundamento y límites, 2009, 286.

<sup>208</sup> SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 241 ss. = Fundamento y límites, 2009, 287 ss.; en particular sobre los deberes en el tráfico por el dominio de cosas o procesos peligrosos: Grund, 281 ss. = Fundamento, 329 ss.), y de vigilancia de personas incapaces o inmaduras peligrosas: Grund, 323 ss. = Fundamento, 371 ss., y respecto del dominio sobre la vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima: Grund, 334 ss. = Fundamento, 383 ss. Emplea como sinónimos el desvalimiento o desprotección (*Hilfslosigkeit*, *Schutzlosigkeit*) y vulnerabilidad, exposición, achacosidad o fragilidad (*Anfälligkeit*).

<sup>209</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 242 = Fundamento y límites, 1009, 288.

<sup>210</sup> Así p.ej. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 240: el dominio sobre el auto en movimiento como “fuente de peligro”, 242: posiciones de garante para la supervisión y control de una fuente de peligro, 282: dominio sobre una potencial fuente de peligro, = Fundamento y límites, 2009, 286, 288, 331.

o, en un término sinónimo, sobre el foco del peligro<sup>211</sup>. En el deber de garante de protección de un bien jurídico exige dominio sobre el desvalimiento, fragilidad o vulnerabilidad de la víctima<sup>212</sup>, o sea del titular del bien jurídico, más aún, “sobre un especial desamparo o desvalimiento de la víctima”<sup>213</sup>.

Conviene hacer una aclaración sobre la razón por la que a mi juicio SCHÜNEMANN formula así su postura restrictiva en los garantes de protección: Frente a esta posición hay que decir que en los garantes de protección no es verdad que el fundamento o razón del resultado sea la vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima, ni siquiera aunque añada que ha de ser un “especial” desvalimiento o vulnerabilidad: pues por mucho que la víctima esté muy desprotegida, no habrá resultado lesivo si no opera un peligro sobre esa situación de desprotección; es nuevamente el peligro que surge, unido a que nada se le enfrenta (la desprotección o desvalimiento), el fundamento, origen o razón del resultado. Pero como, a diferencia de lo que ocurre en los garantes de vigilancia y control, el garante de protección no tiene dominio actual (control) sobre el peligro o riesgo, sino que a lo sumo podría intentar hacerle frente para proteger del mismo a alguien desprotegido, y eso sería sólo control potencial, para poder seguir con su teoría del dominio SCHÜNEMANN recurre a hablar de dominio del garante sobre el desvalimiento o desamparo (desprotección) de la víctima. Lo que sí hace SCHÜNEMANN es destacar que tiene que haber un *especial* desvalimiento o desamparo de la víctima<sup>214</sup> para restringir la responsabilidad en comisión por omisión a los casos más extremos y no a cualquier supuesto de desprotección; pero luego en el desarrollo de su teoría no siempre es

---

<sup>211</sup> Así p.ej. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 283 = *Fundamento y límites*, 2009, 331.

<sup>212</sup> Así SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 241, 334 ss: *Anfälligkeit des Opfers*: fragilidad, vulnerabilidad (o tb. exposición, indefensión, achacosidad) de la víctima, 341: *die Hilflosigkeit des Opfers*: el desamparo o desvalimiento de la víctima = *Fundamento y límites*, 2009, 288, 383 ss. (aunque Cuello/Serrano traducen *Anfälligkeit* tb. por desamparo), 390 ss. En algún momento habla tb de dominio sobre el desamparo del bien jurídico; y siguiéndole ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], §32/33-106, titula el ap. IV como “El dominio sobre el desamparo del bien jurídico”. En trabajos posteriores (ZSchwR 1978, 131,152; Unternehmenskriminalität, 1979, 93 s.; LK StGB, 11.ª 1993, 12.ª 2007, § 14/17; ForFICP 2017-1, 245 ss.), SCHÜNEMANN utiliza el sinónimo *Verletzlichkeit*, que significa exactamente vulnerabilidad o lesionabilidad, manteniendo, junto a la idea del dominio sobre el desamparo o desvalimiento del bien jurídico, que el fundamento de los delitos especiales es “el dominio sobre la especial vulnerabilidad del bien jurídico [*die besondere Verletzlichkeit des Rechtsgutes*] frente al autor designado en el tipo respectivo”.

<sup>213</sup> Así SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 241: “*in der besonderen Hilflosigkeit des Opfers*”, 342: *seine besondere Anfälligkeit* = *Fundamento y límites*, 2009, 287 s., 391 (aquí CUELLO CONTRERAS/SERRANO vuelven a traducir *besondere Anfälligkeit* por “especial desamparo” y no como especial vulnerabilidad o fragilidad).

<sup>214</sup> *Grund und Grenzen*, 1971, 241, 342 = *Fundamento y límites*, 2009, 288, 391.

coherente con ese requisito y admite la equivalencia en algunos casos de desprotección simple; así habla de deber de garante protector en casos de fragilidad o vulnerabilidad o desamparo constitucional de la víctima<sup>215</sup> (o sea cuando su constitución física o psíquica lo hace estar desvalido y en situación de clara inferioridad), pero tb. de desvalimiento o desamparo parcial<sup>216</sup>: v. al respecto sobre mi posición más restrictiva en estos supuestos *infra* VI.3. h2a', V.4.

Aplicación a casos. En Grund u. Grenzen, 1971, va desarrollando y aplicando su criterio en los siguientes grupos de casos<sup>217</sup>: Dominio sobre máquinas y procesos técnicos, que aparece hoy en amplia medida en el funcionamiento social en lugar del dominio sobre el cuerpo<sup>218</sup>; deberes (de control) en el tráfico, en general; deberes de protección de bienes jurídicos ante la vulnerabilidad o desvalimiento constitucional y por ello total del sujeto o de desvalimiento parcial. En cambio, niega totalmente la comisión por omisión en los supuestos de ingerencia<sup>219</sup>, porque el peligro ha escapado totalmente al dominio del ingerente, que sólo tendría un dominio potencial para evitar igual que cualquier omitente no garante, y por tanto considera que hay delito lesivo imprudente de comisión activa y omisión de socorro.

Este criterio de SCHÜNEMANN ha encontrado una parcial acogida en la doc. alemana, pero especialmente por un autor tan relevante como ROXIN, aunque de modo bastante menos restrictivo<sup>220</sup>, y es seguido por alguna doctrina en diversos países, en la

---

<sup>215</sup> Grund und Grenzen, 1971, 342 ss.: “*konstitutionelle Hilflosigkeit*” = Fundamento y límites, 2009, 391, 392 ss. (Cuello/Serrano lo traducen por desamparo “connatural”).

<sup>216</sup> Grund und Grenzen, 1971, 342, 348 ss. = Fundamento y límites, 2009, 391, 397 ss.

<sup>217</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 229 ss. = Fundamento y límites, 2009, 275 ss.

<sup>218</sup> Así SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 250 = Fundamento y límites, 2009, 296.

<sup>219</sup> Aquí trata (exponiendo tb. jurisprudencia del RG y del BGH) no sólo los casos de atropello imprudente de un peatón negándose a continuación el automovilista a socorrerlo, sino tb. los de servir un hostelero bebida a un conductor que se embriaga y luego va a conducir o la incitación a beber en iguales circunstancias por los compañeros de rondas, la provocación o facilitamiento imprudente de suicidios o la de delitos de otros dejando armas a su alcance; cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 281 ss., 303 ss., y su posición en 313 ss., donde sólo admite como salvedad el supuesto totalmente excepcional de que el peligro quede aún dentro de la esfera de dominio del ingerente = Fundamento y límites, 2009, 329 ss., 351 ss. y su posición en 361 ss.

<sup>220</sup> Acogen la tesis de Schünemann BOTCKE, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992; Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener, 1994; en Mir/Luzón, Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 129 ss.; en Coimbra-Symposium f. Roxin, 1995, 235 ss. = LH-Roxin (Coimbra), 1995, 309 ss.; SARGENSTEDT, Garantenstellung, 1987, 373 ss.; ROXIN, AT II, § 32/31, 33 ss., pero luego lo aplica permanentemente de modo mucho menos restrictivo, considerando p.ej. en § 32/150 ss. que en los supuestos de ingerencia hay dominio sobre el fundamento del resultado, en contra de SCHÜNEMANN, que lo rechaza (Grund u. Grenzen, 1971, 316 ss; GA 1974, 235 f., salvo que excepcionalmente el peligro quede aún dentro de la esfera de dominio del ingerente).

de lengua española entre nosotros muy especialmente por GRACIA MARTÍN (tb. aplicándolo, como el propio SCHÜNEMANN, en cuanto ejercicio del dominio social sobre el fundamento del resultado, a la figura del actuar por otro, del actual art. 31 CP)<sup>221</sup>.

Posteriormente en 1979 SCHÜNEMANN hace una aplicación especial muy elaborada de su criterio al Derecho penal de la empresa<sup>222</sup>: SCHÜNEMANN no se conforma con la posición formal de directivo, sino que, para que incurra en omisión impropia, requiere en este o bien “dominio material”, esto es, dominio fáctico sobre elementos, objetos, situaciones o procedimientos peligrosos existentes en la empresa, o “dominio personal” sobre los subordinados<sup>223</sup>. Su posición en este campo es objeto de amplio seguimiento en la doc.<sup>224</sup>.

---

<sup>221</sup> Así en cuanto al actuar por otro, GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro, I, 1985, cap. IV; Responsabilidad de directivos, 1986, 27 ss.; y en general en APen 1993, 230 s.; en Díez Ripollés/Gracia, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, 1993, 78 ss., 84, n. 410; CDJ 1994-XXIII (La comisión por omisión), 57 ss.; tb. en APen 1995, 683 ss.; tb. en Díez Ripollés/Gracia, Com CP, PE, I, 1997, art. 138/59 ss., 72 ss., 75 s.; tb. en NFP 61 1999, 125 ss.; en Modernas Tendencias (congreso UNED), 2001, 412 ss.; Prólogo a Schünemann, Fundamento y límites, 2009, 25 ss.; siguiendo a Gracia, RUEDA MARTÍN, ¿Participación por omisión?, 2013, 66 ss. y *passim*; LH-Huerta, 2020, 579 ss. Siguen tb. a Schünemann MUÑOZ SÁNCHEZ, El delito de detención, 1992, 133 s., n. 109; DONNA, PG, VI, 2010, 319 s., 296 ss.; le sigue parcialmente, combinándolo con mi criterio de la creación o aumento del peligro y algún otro como el del compromiso de una barrera de contención, RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad, 2005, 117 ss.; REDUR 11, 2013, 109 s., 111 ss. Similar parcialmente en la terminología QUINTERO/MORALES, PG, 5.ª 2015, 456: apunta que el elemento normativo que permite la equiparación y la imputación es principalmente “el *dominio* o control sobre la producción del resultado”, pero no lo desarrolla. V. tb. para los delitos de empresa *infra* n. 224. Combinando la posición de Schünemann con la mía p.ej. MEINI, Resp. penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, 2003, 300 ss., *passim*; ADP (Perú) 2003, 437 ss., 436 s.; RODRÍGUEZ MESA, cit.; ROSO, ForFICP 2017-1, 243; en Luzón Peña (dir.), LH-Roxin (Lima), 2018, 258 ss. En la doc. italiana FIANDACA, Il reato commissivo mediante omissione, 1979, 204 ss., 210, en línea similar a Schünemann, exige un deber de aseguramiento en un garante que ejerce “señoría” (*signoria*) “sobre cosas o ámbitos que contengan fuentes de peligro”; siguiéndole GRASSO, Il reato omissivo improprio, 1983, 282 ss.

<sup>222</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität, 1979, 62 ss., 95 ss., *passim*; ADPCP 1988, 533 ss. (529 ss.); Unternehmenskriminalität, FG-BGH 50 Jahre, IV, 2000, 621 ss.; ADPCP 2002, 9 ss.; DPCr 75, 2004, 13 ss.; tb. en RDP 2005-2, 29 ss.; tb. en LH-Rodríguez Mourullo, 2005, 981 ss.; GA 2016-5 (FG-Roxin 85.), 301 ss. = Libt 5, 2016 (LAm-Roxin 85), 117 ss.; LK StGB, 12.ª 2007, § 14/1 ss.; ForFICP 2017-1, 245 ss.

<sup>223</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität, 1979, 95 ss., *passim*; ADPCP 1988, 535 ss.

<sup>224</sup> Así entre otros ARROYO ZAPATERO, La protección penal de la seguridad en el trabajo, 1981, 160 s.; SILVA SÁNCHEZ, LH-Roxin (Coimbra), 1995, 372; TERRADILLOS, DP de la empresa, 1995, 40; MEINI, Resp. penal del empresario por ... subordinados, 2003, 308 s.; simpatizando y destacando lo aprovechable del trasfondo naturalístico real tras el criterio normativo DEMETRIO CRESPO, Resp. penal por omisión del empresario, 2009, 146 ss., 150-152, aunque con alguna reserva en cuanto al criterio de la autoría; MARTÍNEZ-BUJÁN, DP Económico, PG, 4.ª 2014, 522 ss., sigue en buena medida la posición de Schünemann, pero (528 s.) considera que a la exigencia de dominio material o personal del directivo hay que añadir el criterio, propuesto por LASCURAÍN (LH-Tiedemann, 1995, 211, basándose en la posición funcionalista de JAKOBS –v. *supra* IV.5.–, de las responsabilidades por competencias de organización o institucionales como correlato de la propia libertad de determinación) de la aceptación de funciones de seguridad como reverso de la libertad o autonomía personal.

## 2. **Aumento o creación del peligro o riesgo por la propia omisión, al descontrolar un peligro controlado en general o frente a un bien jurídico blindado; enjuiciamiento desde la perspectiva normativa, jurídica o socio-normativa:**

**LUZÓN PEÑA**

### *a) Formulación inicial del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión desde la perspectiva socio-normativa*

A continuación haré una breve exposición de la posición que defendí ya en los años 70-80 (en trabajos desde 1974 a 1986)<sup>225</sup>: Si el omitente no actúa ante un peligro de resultado lesivo que no controla y que sigue su propio curso y va aumentando solo, ello no puede ser nunca comisión por omisión de un delito de resultado, sino sólo una omisión propia o pura, omisión de socorro, omisión de impedir delitos ajenos etc. En cambio, para que haya comisión por omisión tiene que darse una circunstancia estructuralmente idéntica, equivalente a la que fundamenta el injusto en el delito resultativo de comisión activa: la creación o al menos el aumento del peligro o riesgo (términos que utilizo como sinónimos) por la propia omisión. Y como a esa posición le han objetado algunos que ninguna omisión causa ni crea el peligro<sup>226</sup> o a la inversa, que en sentido social toda

---

<sup>225</sup> LUZÓN PEÑA, primero respecto de la ingerencia en Comentario a STS 24-4-1974. Ingerencia, comisión por omisión y omisión de socorro, RDCir 1974, 272 s.; tb. en LUZÓN, DPCir 1985, 126 s., 129, 2.ª ed. 1990, 174 ss.; después formulado con carácter general en Com a STS 3-3-1980. Omisión de socorro: distinción entre omisión propia e impropia, RDCir 1980 387 s.; vers. ampliada en LUZÓN, DPCir 1985, 137 ss., 2.ª ed. 1990, 183 ss.; mucho más desarrollado en: La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS, PJ 2 1986, (73 ss.) 80 ss., recogido tb. en LL 1986-3, (535 ss.), 543 ss., y en LUZÓN PEÑA, EPen, 1991, (225 ss.), 236 ss. Acoge el criterio, reproduciendo textualmente su argumentación (en PJ 2 1986, 83 s.; EPen, 1991, 240 s.), la STS 1058/2010, 13-12.

En mi DPCir, 1.ª, 1985, 128 s., 2.ª 1990, 175-77, indicaba como antecedente que GIMBERNAT en conferencias en aquellos años había exigido para la omisión impropia creación de peligro por la omisión para la equivalencia exacta con la comisión activa, aunque sin hablar de aumento del peligro o riesgo ni plasmarlo por escrito, ni tampoco fundamentar normativamente ni desarrollar ese criterio; posteriormente lo ha sustituido, abandonándolo sin mencionarlo siquiera, por otros dos criterios alternativos más imprecisos y menos restrictivos (v. *infra* V.B.4.b).

<sup>226</sup> Así la crítica a mi posición en MIR, Adiciones a Jescheck, Tratado PG, 1981, 874: naturalísticamente ninguna omisión crea nada y por tanto tampoco puede crear peligro alguno, pero socialmente toda omisión sin la cual el resultado se habría evitado crea o aumenta el peligro, y parecen seguirle ZUGALDÍA, CPC 24 1984, 586 n. 46, y HUERTA, ADPCP 1985, 55 n. 64. Sin reconocer que el plano normativo no es igual al ontológico: BACIGALUPO, Principios, 5.ª 1998, 404: “en la medida en que las omisiones no son causales (doctrina absolutamente mayoritaria) es claro que no pueden crear ningún riesgo de lesión”; similar DIEZ RIPOLLÉS, PG, 5.ª 2020, (154,) 254, califica mi criterio de la creación o aumento del peligro como de “identidad estructural material u ontológica”, rechazable porque acción y omisión son comportamientos ontológicamente diversos, pero oponiéndose incluso (255) a mi criterio del aumento del peligro desde el punto de vista siconormativo: dado que el delito impropio de omisión no tiene como presupuesto la existencia de una relación de causalidad por “la conocida incapacidad de la omisión para causar resultados”, “de ahí que no proceda exigir que la omisión cree o incremente, ni siquiera en un sentido siconormativo, el peligro de producción del resultado... como han sostenido... Luzón y Paredes”; sin embargo, lo contradice



omisión crea o incrementa el peligro o riesgo<sup>227</sup>, he replicado<sup>228</sup> y explicado que efectivamente en el plano natural no hay causalidad real, pero desde la perspectiva normativa, socio-normativa o incluso jurídica, sí se puede afirmar que hay supuestos en que la omisión misma es la que crea un peligro prácticamente inexistente o totalmente conjurado, es decir anulado mediante control, o bien la que, habiendo un cierto grado de peligro, pero sometido a cierto control, lo desencadena o descontrola totalmente<sup>229</sup> y hace que aumente ese peligro o riesgo, es decir, crea más peligro. Y se podrá hacer esa afirmación desde la perspectiva socio normativa, cuando o fácticamente esté controlado el peligro por el propio sujeto, o al menos social y jurídicamente se considera seguro, se

---

antes en 254: “De ahí que sólo que sólo quepa entender la creación o aumento del peligro en sentido normativo”. Más matizadamente SILVA afirma (El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, 1997, 63 n.157, 64; en Cobo (dir), Coment CP I, 1999, 456 n. 33, 457) que “la omisión no crea el riesgo, sino que el incumplimiento del compromiso adquirido de contener riesgos fundamenta un dominio sobre el riesgo... Prueba de que la omisión no crea el riesgo ... es que la responsabilidad en comisión por omisión puede concurrir con responsabilidad comisiva activa (de quien sí creó el riesgo)”, y que “no hay en ella creación *causal* del riesgo, sino ausencia de control del mismo” (cursiva añadida); por eso acaba sosteniendo (CPC 1989, 377, n. 42) igual que yo que en la omisión impropia hay una “verdadera creación normativa del riesgo”, al afirmar que es idéntico estructuralmente provocar un daño “vía comisión activa = causal” que incumplir el compromiso material de contener el riesgo, dando lugar a que éste cause daño: “Si el primer supuesto es de creación naturalística del riesgo, el segundo puede calificarse de verdadera ‘creación normativa del riesgo’ ”.

<sup>227</sup> Así también MIR, cit. en n. anterior; HUERTA, ADPCP 1985, 53-56. Una crítica más amplia y algo diferente me hace DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 541 ss.: pese a reconocer aciertos en mi posición, considera que entronca con teorías de la causalidad jurídica-social de la omisión como la de KOHLER (Studien aus dem Strafrecht, I, 1890, 45 ss., expuesto ampliamente por DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 102 ss.) y la rechaza (542) así: “¿Cómo pueden ser idénticas las las causaciones ‘normativa’ y ‘físico-natural?”, y pregunta: “¿cabe decir que la omisión que incrementa el riesgo en el plano normativo causa el resultado en el plano real?”; y critica además (543) por demasiado inconcreta mi posición que, según él, sostiene que es “la percepción social” la que dice cuándo un riesgo está socialmente controlado y cuándo no. A esto hay que responder, primero, que yo nunca he afirmado que la omisión impropia sea causa, ni real ni jurídica o normativa, del resultado sino que permite la imputación (objetiva, jurídica) del mismo; y segundo, que mi formulación inicial sí daba en los años 70-80 un criterio más preciso que el de la percepción social: el de que socio-normativamente en algunos supuestos se da por supuesto, por hecho, por descontado que el riesgo está controlado por el garante y en otros no es así; pero en cualquier caso en la nueva versión anticipada en mi PG, 3.ª, 2016, § 31/94 ss., 107 ss., 123 ss., más detallada en en Libt 6 2017, 235 ss.; RDP 2017-2, 164 ss., y que expondré a continuación, he desarrollado y precisado mucho más mi criterio y trazado sus requisitos de modo plenamente perfilado y suficiente.

<sup>228</sup> V. LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 83 ss.; tb. en LUZÓN PEÑA, EPen, 1991, 239 ss. Y ya recientemente en Lecc PG, 3.ª 2016, 31/83 ss., 107 ss.

<sup>229</sup> Había intuido este criterio LUZÓN DOMINGO, DP del TS, I, 1964, 53, cuando, tras sostener en 52 que la omisión simple naturalísticamente no es causa, pero que en la comisión por omisión, al emplear la omisión como medio, ésta naturalísticamente sí es causa del resultado, como si la madre deja de alimentar al hijo, el cirujano deja sin ligar un vaso sanguíneo o el notario omite en un documento un dato esencial, añade en p. 53: “Y ello en esta clase de conductas, porque la omisión no se da aisladamente, sino en una concatenación de circunstancias *en cuyo encauzamiento tenía intervención* directa el sujeto, *cuyo curso normal*, y exigido por el derecho, desvía con la omisión que interrumpe la normalidad de su intervención; interrupción que significa precisamente ese algo positivo que físicamente origina el resultado, por permitir *el desencadenamiento* de las potencias energéticas que lo producen” (subrayados añadidos). Pero este autor atribuye a este criterio sentido físico, naturalístico y no normativo, y además no lo utiliza como criterio restrictivo dentro de la comisión por omisión, porque afirma que en ella siempre se causa el resultado.

da por hecho o por descontado que éste tiene el peligro bajo control. Pero cuando todo ello no suceda, o sea, cuando la omisión por mucho que sea de un garante no crea ni aumenta el peligro o riesgo porque no descontrola un peligro que había conjurado o tenía controlado el propio garante, sino que deja seguir su curso a un peligro ya relevante, de origen natural o de terceros, que él no controla, sólo podrá haber omisiones propias de garante (u omisiones puras de garante), como las llama certeramente SILVA<sup>230</sup>, cuyo mayor desvalor frente a la omisión de los no garantes se podrá tener en cuenta en su caso apreciando una cualificación o una agravante si legalmente existiera.

Así, comenzando por la ingerencia, expuse<sup>231</sup> que, por mucho que el ingerente haya creado un peligro con su actuación precedente, imprudente o fortuita, y ello le genere un deber de actuación especial y superior a los deberes generales de salvamento del resto de personas, si a continuación dicho peligro escapa a su control y su curso natural lo hace aumentar por sí sólo, que es lo más normal cuando una persona provoca imprudentemente o fortuitamente un atropello, un accidente laboral, etc., entonces el ingerente creó el peligro, pero no dolosamente, sino sólo de modo imprudente (en cuyo caso responderá luego de un delito de lesión imprudente además de su posterior omisión) o incluso fortuito y por ello impune, pero si a continuación no intenta contrarrestar el peligro que creó, su omisión no crea ni aumenta en absoluto ese peligro, que ya marcha solo, y por tanto no realiza dolosamente el delito de resultado en comisión por omisión, sino sólo una omisión propia, que en la omisión de socorro el art. 489 bis, 3.º CP anterior, igual que el actual art. 195.3 considera agravada por ser de un garante ingerente.

Sólo en los supuestos, menos frecuentes, en que la ingerencia no supone que el sujeto pierda el control del peligro en cuanto creó el peligro con su conducta previa, sino que lo mantiene bajo su control, se podrá decir entonces que si de pronto lo descontrola dolosa o imprudentemente, su omisión sí supone crear o aumentar decisivamente el peligro de lesión y por tanto habrá comisión por omisión: Así si una persona hace fuego para una parrilla en una zona boscosa, con lo que está creando un riesgo imprudentemente, pero lo mantiene controlado mientras se mantenga encima e impida la propagación, y sólo si se retira sin apagar totalmente las brasas, entonces descontrola el riesgo y habrá incendio (doloso o imprudente) en comisión por omisión; o si un cirujano

---

<sup>230</sup> V. SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 1986, 336 ss, 343 ss.

<sup>231</sup> Lo que se afirma en este párrafo y el sig. lo expuse en LUZÓN PEÑA, RDCir 1974, 272 s.; tb. en LUZÓN, DPCir, 2.ª ed. 1990, 174 ss.

y su equipo emprenden una operación del paciente, creando por supuesto un riesgo no escaso, pero lo están manteniendo perfectamente bajo control con las medidas adecuadas, hasta que de pronto el cirujano por imprudencia o dolo dejara de contener, suturar y ello provoca una hemorragia; o si un terrorista lleva encima por la ciudad un explosivo, pero lo mantiene bajo control al no haber puesto en marcha el temporizador o no activar el mecanismo detonante, hasta que en un determinado momento, dolosa o imprudentemente, dejara abandonado el explosivo en un local, con lo que su omisión sí descontrola y por ello aumenta decisivamente el peligro.

Y además apliqué el criterio a toda otra serie de casos de autoría y de participación en comisión por omisión cuando la omisión normativamente crea o aumenta peligro o riesgo (de lesionar en la autoría o de favorecer la lesión por otro en la participación) que se daba por descontado que el sujeto controlaba, o a casos de omisión propia agravada cuando pese a la posición de garante la omisión no crea ni aumenta un peligro, sino que deja que el peligro siga un curso que el omitente no controlaba previamente<sup>232</sup>. Para un amplio desarrollo actual de mi criterio y su aplicación a los diversos grupos de posiciones de garante v. *infra* VI.3. h), VI.4.-5.

Mi posición es seguida por una parte de la doctrina<sup>233</sup>, y también a veces por la jurisprudencia: Así la STS 1058/2010, de 13-12 (Pte. Berdugo), en un caso de posible estafa en

---

<sup>232</sup> Así en los trabajos citados en la nota anterior exponía como *casos de comisión por omisión* en autoría los de la madre que no alimenta o no liga cordón umbilical a recién nacido, el cumplimiento de funciones profesionales habituales: el guardabarreras no baja barrera paso a nivel, el guardavías no acciona cambio de vías, el profesor de natación no sostiene al aprendiz que comienza a ahogarse; y en el caso de ingerencia sólo si el sujeto que ha creado antes peligro lo mantiene aún bajo control y lo descontrola al omitir: prender fuego en el bosque, llevar una bomba con mecanismo activado de explosión retardada. Y como participación (cooperación) por omisión, entre otro el ej. de si socio-normativamente se da totalmente por hecho, por descontado, que el vigilante no va a dejar pasivamente que ladrones entren en edificio y roben, lo que equivale a favorecer activamente. Y examinaba como ejemplos *no de omisión impropia, sino propia* (de garante): la omisión de salvamento por cónyuge ante enfermedad o accidente del otro, del guía alpino, del vigilante de la playa o piscina; y la ingerencia cuando la actuación precedente creó el peligro pero ésta ya está fuera de control y sigue su curso, que en el art. 489 bis (luego ter), 3.º del CP anterior (hoy art. 195.3) constituye mera omisión de socorro agravada por ingerencia, no comisión por omisión.

<sup>233</sup> Así me siguen, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, PJ 24 1991, (203 ss.) 208 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Los delitos contra la Hacienda Pública y la SS, 1995, 53 n.82; La administración desleal, 2001, 62; PAREDES, El riesgo permitido, 1995, 213 ss.; *Gómez Rivero*, LL 1995-3, 793 ss. (aunque luego lo aplica extensivamente a casos de ingerencia del 489 ter, 3º del anterior CP); FARALDO CABANA, en Sanz Larruga/Gómez/Juane, Lecciones de Dº sanitario, 1999, 524-526; TRAPERO, AFDOur 2003, 449 ss., 465 ss.; LUZÓN CUESTA, Compendio DP, PG, 21.ª 2011, 169; DE VICENTE REMESAL, ForFICP 2014-2, 109 y n. 87 (79 ss.); ROSO, ForFICP 2017-1, 243, coincidiendo con mi propuesta de entender la creación o aumento del peligro por descontrolarlo como criterio normativo de imputación objetiva (si bien en 233 ss. sostiene la tesis de la autonomía del delito comisivo omisivo); igual en Luzón (dir.)/Roso (coord.), DP Casos PG, 2018, Cap. 19, 337 ss.; tb. en Luzón Peña (dir.), LH-Roxin (Lima), 2018, 258 ss.; tb. RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad, 2005, 115 ss., 120 ss.; REDUR 11, 2013, 112, 109 ss., combinando mi

comisión por omisión, siguiendo literalmente mi posición dice: “entre la acción y la omisión existe una total identidad cuando ésta, igual que aquella, determina la creación o el aumento del riesgo para el bien jurídico. La creación o aumento del riesgo por la propia omisión tendrá lugar en aquellos supuestos en que por la posición social del sujeto o el desempeño normal de su función habitual y específica el peligro para el bien jurídico se considera controlado, conjurado o prácticamente inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica. Si el sujeto omite de pronto cumplir con su deber y desempeñar su función, entonces desencadena o descontrola con "su omisión" el peligro que hasta entonces estaba conjurado o sea inexistente, es decir, lo crea, o, si ya existía un peligro, pero controlado *la propia omisión*, al descontrolarlo, *aumenta el peligro de modo*

---

criterio con el del dominio sobre el fundamento y el de la desestabilización de un peligro; igualmente MEINI, ADP (Perú) 2003, 436 s. sigue mi criterio del aumento del riesgo por la omisión igual que en la comisión activa (citándome en n. 49 y 50, en ésta tb. con Díaz), pero combinándolo con el de la desestabilización de Gimbernat (433 ss.) y el de Silva (436 s., n. 48 y 50) y a continuación tb. (437 ss.) con el de Schünemann. Se declara próximo a mi posición o la de Silva GRACIA, en Modernas tendencias (congreso UNED), 2001, 413 n. 9, 425 ss.; igual PÉREZ ALONSO, en Zugaldía (dir.), Fund PG, 4.ª 2010, 484, pero en 485 acaba acogiendo el criterio de Silva. El propio SILVA SÁNCHEZ admite la proximidad de su criterio al mío, en Cobo (dir.), Coment CP I, 1999, 456: el compromiso y su vulneración “implican un control del riesgo idéntico al que se tiene por la vía de la creación activa del mismo”, reconociendo en 456 s. n. 33 que ello está muy próximo a mi planteamiento, con cita de un pasaje mío –LUZÓN, EPen, 1991, 239 s.– donde expongo que esa omisión de su función normal o específica desencadena o descontrola un peligro que social y normativamente se consideraba prácticamente controlado o incluso conjurado); y en CPC 1989, 377 n. 42 llega incluso a *coincidir totalmente con mi criterio* al afirmar que el supuesto de quien incumple un compromiso material así “puede calificarse de verdadera ‘creación normativa del riesgo’”: v. más detalles *supra* en n. 226, *infra* n. 267. Otra posición que acaba en coincidencia material: CARBONELL, CPC 2014, 16, ciertamente crítica, igual que otros muchos antes, el criterio de la creación o incremento del riesgo por la omisión impropia: si no hay causalidad, tampoco la omisión incrementa nada (por cierto, en 15 n. 34 atribuye erróneamente este criterio a Rodríguez Mesa y Paredes, sin mencionar que ambos autores siguen mi posición y lo reconocen expresamente). Sin embargo, en 19, aunque insiste en que la omisión no puede crear ni incrementar riesgos, reconoce: “Sólo como imagen podemos afirmar que la ausencia del cirujano ‘incrementó el riesgo’ para el paciente” y en 20 añade que, cuando omite el garante al que se le encargó el control del riesgo, “podemos hablar entonces... incluso de un *descontrol del riesgo*”; lo cual coincide en el fondo con el criterio que yo propongo aplicar restrictivamente no a todos, sino sólo a algunos garantes.

Aparentemente coincidentes con mi criterio LANDECHO/MOLINA, PG, 11.ª, 2020, 306, al afirmar que en la comisión por omisión para la equivalencia “el primer requisito de la imputación objetiva –que la conducta cree un riesgo jurídico-penalmente relevante– concurrirá en aquellos supuestos en que la acción omitida haya incrementado el riesgo de que se produzca el resultado típico”; pero realmente aluden a algo bien distinto: a que la acción debida (protectora) y no realizada habría evitado o al menos disminuido ese riesgo, ya que a continuación aclaran: “Cuando la hipotética intervención del autor no suponga siquiera ex ante la disminución del riesgo faltará este requisito”. De modo similar sólo aparentemente coincide con mi criterio la formulación de PÉREZ ALONSO, en Zugaldía (dir.), Fund PG, 4.ª 2010, 480, estableciendo para la imputación objetiva además de la causalidad hipotética los criterios de imputación objetiva de los delitos de comisión, por lo que “la omisión relevante para la imputación del resultado sería aquella que supone dejar de controlar o disminuir un riesgo preexistente para el bien jurídico”, por lo que se imputa el resultado que “es la realización del riesgo no controlado ni disminuido por la omisión de la acción esperada, que debía y podía haber evitado”; igual la formulación de STRATENWERTH/KUHLEN, PG, 6.ª 2011, § 13/54: de modo correspondiente al principio del aumento del riesgo para la imputación objetiva del resultado en el delito de comisión, “en el delito de omisión ha de bastar que de todos modos la acción requerida hubiera *disminuido* el peligro de su producción”, ya que en § 13/51 sostienen que en los delitos puros de resultado la conducta típica en caso de omisión se desprende en principio de una pura inversión de las exigencias que rigen para el delito comisivo.

*determinante de la lesión, pero en los restantes casos en que la omisión se limita a no intervenir ante un peligro ya existente, sin crearlo ni aumentarlo, sino a dejar que siga su curso por sí solo, no hay comisión por omisión”.*

***b) Desarrollo en detalle del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión; y excepciones***

Esta posición propia va a ser desarrollada con todo detalle más adelante<sup>234</sup> tras exponer las demás posiciones restrictivas del criterio de la equivalencia, y se fundamentará por qué, siempre desde la perspectiva normativa del juicio de creación o aumento del peligro por la omisión al darse por descontado o seguro que el peligro estaba controlado, en los garantes de control ese juicio ha de ser de seguridad de un control actual del riesgo o peligro y en los garantes de protección ha de haber o total vulnerabilidad del bien jurídico o un blindaje seguro del mismo: v. *infra* VI.3., h1) y 2). También se examinará su aplicación a la participación por omisión (*infra* VI.5.) y la posible excepción de algunos supuestos de imprudencia que pueden operar como delitos de infracción de deber (*infra* VI.6.).

**3. La retirada del compromiso o barrera de contención del peligro: SILVA**

SILVA SÁNCHEZ desde 1986 ha sostenido que para que haya omisión impropia equivalente a la comisión activa, incluso –dice– estructuralmente idéntica, no basta la posición de garante, sino que éste con su compromiso específico, expreso o concluyente, de actuación haya establecido una barrera de contención del peligro y al vulnerarlo con su omisión retira la barrera de contención<sup>235</sup>, concepto que cuenta con algún antecedente

---

<sup>234</sup> Coincidiendo básicamente con el desarrollo que ya hice bastante detallado, pero mucho menos que aquí, en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.<sup>a</sup> 2016, 31/103 ss.; antes parcialmente en varios artículos: GA 2016-5 FG-Roxin), 275 ss.; Libt 5 2016 (LAmRoxin 85), 83 ss.; ForFICP 2017-1, 219 ss.; mucho más amplio en Libt 6 2017, 235 ss.; RDP 2017-2, 164 ss.; después parcialm. en ForFICP 2021-3, 32 ss.

<sup>235</sup> Así apunta el criterio, con esta formulación más plástica y comprensible, en primer lugar SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 1986, 368 ss., espec. 370 ss.; y lo desarrolla posteriormente en otros trabajos: comenzando por LL 1987-1, 955 ss., 960 ss. = en Mir Puig (ed.), Avances de la Medicina y DP, 1988, 125 ss., 130 ss., ADPCP 1987, 451 ss., ADPCP 1988, (561 ss.), 573, y especialmente en CPC 1989, 369 ss.; y posteriormente en RJCat 1992, 441 ss. (439 ss.); LH-del Rosal, 1993, 1069 ss.; CDJ 1994-XXIII, 13 ss.; El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, 1997, 62 ss. (51 ss.); en Asúa Batarrita (ed.), Jornadas sobre el nuevo CP, 1997, 37 ss.; Art. 11, en Cobo (dir), Coment CP I, 1999, 462 ss.; en Problemas específicos de la aplicación del CP (Manuales de Formación Continuada 4), CGPJ, 1999, 153 ss.; FS-Roxin, 2001, 641 ss.; Estudios sobre los delitos de omisión, Lima, 2004. Le sigue FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, PG II, 2012, 248. Mostrando simpatía por la posición de Silva, NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 151, aunque en 152 compartiendo tb. criterios con SCHÜNEMANN y con la posición menos exigente de CEREZO.

en la doctrina alemana antigua (KÖHLER)<sup>236</sup>. Y posteriormente lo formula así: el compromiso más su vulneración implica normativamente un control del riesgo, un dominio idéntico a la creación del riesgo en comisión activa<sup>237</sup>.

Este criterio es aún más restrictivo que los de SCHÜNEMANN y llega en buena medida a la misma restricción para la equivalencia que la exigencia de creación o aumento de peligro o riesgo desde una perspectiva normativa social y jurídica. Pero no totalmente, porque el compromiso en algunos supuestos aún no supone que se considere controlado el peligro; y en sentido inverso, deja fuera indebidamente supuestos de control del peligro por situación institucional sin compromiso. V. *infra* V. C.2. b.

Cierta proximidad con el criterio de la barrera de contención y del consiguiente control del riesgo tiene la interpretación teleológico-restrictiva de las posiciones de garante del art. 11 propuesta por CEREZO, que exige que haya una asunción fáctica de la función de protección de bienes jurídicos o de control de la fuente de peligro<sup>238</sup>. Pero difiere en que por una parte no se conforma con el compromiso, y además admite otros supuestos de desempeño fáctico sin previo compromiso (a no ser que se entienda que la asunción fáctica ya representa un compromiso); y por otro lado en que CEREZO se conforma con que el garante haya asumido su función de protección, mencionando p. ej. a un socorrista, pero ello aún no supone (el que el socorrista de la playa esté en su puesto de vigilante) que haya una efectiva y segura barrera de contención, como sí está requiriendo SILVA.

---

<sup>236</sup> Así lo señala DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 102 s., al exponer que KÖHLER, Studien aus dem Strafrecht, I, 1890, 45 ss., sostiene la comisión por omisión cuando el sujeto especialmente obligado causa socialmente un resultado al extraer o retirar del engranaje social una pieza, posición o puesto o “barrera de protección” o barrera de riesgos, y en 103, n. 252 destaca la similitud con la fórmula de SILVA de la retirada de una barrera de contención, quien no señala ese antecedente.

<sup>237</sup> Así esta segunda formulación en SILVA, en Cobo (dir), Coment CP I, 1999, 455-457, donde, al compromiso específico como barrera de contención de riesgos (455), le añade la formulación (456) de que el compromiso y su vulneración “implican un control del riesgo idéntico al que se tiene por la vía de la creación activa del mismo” (reconociendo en 456 s. n. 33 que ello está muy próximo a mi planteamiento, con cita de un pasaje mío –LUZÓN, EPen, 1991, 239 s.– donde expongo que esa omisión de su función normal o específica desencadena o descontrola un peligro que social y normativamente se consideraba prácticamente controlado o incluso conjurado) y (457) la formulación de que el compromiso infringido genera en el sujeto activo “un dominio normativamente idéntico al que pudiera tener un sujeto que creara activamente dicho peligro”, reconociendo en 457 n. 34 que se trata de la idea de dominio de Schünemann.

<sup>238</sup> Así CEREZO, Curso III, 2001, 266; PG, 2008, 986. Le siguen NAVARRO/SOLA/ROMEO, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 150-152, pero combinándolo con el criterio de SILVA (y en parte tb. de SCHÜNEMANN).



#### 4. Otros criterios restrictivos

- a) ***Criterio doble acumulativo: creación o aumento anterior de un peligro atribuible a su autor y actual dependencia del bien jurídico del control personal del causante del peligro***

MIR PUIG mantiene que la equivalencia con la comisión activa requiere creación o aumento anterior de un peligro en condiciones que lo hacen atribuible a su autor y actual dependencia personal del bien jurídico y control personal de su situación por el causante del peligro<sup>239</sup>. MIR sostiene que su doble requisito es aún más restrictivo que los anteriores criterios<sup>240</sup>. Pero a mi juicio no fundamenta suficientemente el porqué de esa doble exigencia y por qué con ella hay equivalencia con la causación activa, y tampoco desarrolla y explicita detenidamente la aplicación de ambos requisitos en los casos que examina.

- b) ***Criterio alternativo: desestabilización del peligro con superación del riesgo permitido o no reducción de un riesgo excesivo al permitido***

GIMBERNAT<sup>241</sup> ha formulado un doble criterio alternativo para admitir la omisión impropia: la desestabilización de un foco de peligro permitiendo que supere el riesgo permitido, o la no reconducción al riesgo permitido de un peligro que ya lo había superado (respecto del garante de vigilancia o control). En principio esta construcción pretende ser restrictiva respecto de la doc. dom. para fundamentar la equivalencia. Pero hay que señalar que, aparte de una considerable imprecisión del primer criterio, ya que en la mayoría de sus formulaciones no se explica qué es desestabilizar un foco de peligro existente de modo que supere el riesgo permitido, la *potencialidad restrictiva de ese primer criterio queda prácticamente anulada al admitir como posible el segundo criterio alternativo*, que califica como comisión por omisión si un garante no reconduce al nivel

---

<sup>239</sup> MIR, Adiciones a Jescheck, PG, 1981, 874 ss.; PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, 12/38 s. Sin embargo, en los diversos supuestos que examina en 12/44 ss., no en todos queda claro que concurra la exigencia inicial de anterior creación o aumento de un peligro atribuible al autor.

<sup>240</sup> O sea, el de SILVA y el mío: así MIR, PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, 12/39 n. 34.

<sup>241</sup> Así en ADPCP 1997, 5 ss.; Art. 11, en Cobo (dir.), Coment I, 1999, 409 ss., 428 ss.; RDPCr 4 1999, 525 ss., 536 ss.; ADPCP 2000, 29 ss., 72; ADPCP 2001, 5 ss., 12 ss. Le sigue MEINI, ADP (Perú) 2003, 433 ss., pero combinándolo (436 s.) con mi criterio del aumento del riesgo por la omisión igual que en la comisión activa (citando a LUZÓN PEÑA en n. 49 y 50) y el de Silva (n. 48 y 50) y a continuación tb. (537 ss.) con el de SCHÜNEMANN. Diversas críticas le formula ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/27 ss.

La exposición y crítica mías que siguen a estos dos criterios alternativos las apuntaba parcial y resumidamente en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.<sup>a</sup> 2016, 31/92 s.; y las desarrollé ampliamente y de modo básicamente coincidente con el aquí expuesto en Libt 6 2017, 221 ss.; RDP 2017-2, 147 ss.

de riesgo permitido un peligro desestabilizado y excesivo, que ha superado ya lo jurídicamente permitido o tolerado<sup>242</sup>: pues esto último es casi coincidente con la simple no intervención auxiliadora de un garante, o sea, con no emprender una actividad protectora que ante un peligro ya en marcha y descontrolado muy posiblemente habría evitado el resultado por parte de un garante obligado a vigilar peligros concretos o a proteger bienes jurídicos.

**1) Primer criterio alternativo: la desestabilización de un foco de peligro provocando la superación del riesgo permitido**

a') Ese primer criterio es impreciso y desde luego menos definido y adecuado que el del aumento por descontrol de un peligro (fáctica o al menos sacionormativamente) controlado.

En efecto, en la mayor parte de sus formulaciones no se explica qué es desestabilizar un foco de peligro<sup>243</sup> existente de modo que supere el riesgo permitido<sup>244</sup>. Por eso, para intentar averiguar y precisar el alcance del criterio, hay que explicar el significado de “desestabilizar”. Desestabilizar significa producir falta de estabilidad en un peligro o riesgo existente, y estable es lo que se mantiene sin variar durante mucho tiempo, y a ese respecto caben dos posibilidades: La primera es entender que un peligro estable puede ser el que por sí mismo no varía, sin necesidad de control externo, siendo un peligro bajo, o incluso un peligro más elevado, pero que por sí solo no varía (así p. ej. se habla de un enfermo grave pero que se mantiene estable); y entonces desestabilización sería provocar la variación en el sentido de oscilación o aumento de ese peligro que por sí solo era estable, aunque queda sin explicar si esa variación la produce una conducta activa o

---

<sup>242</sup> Admite esta segunda posibilidad en RDPCr 4 1999, 546 s.; en Cobo (dir.), Coment I, 1999, 409 ss., 431; ADPCP 2000, 72; ADPCP 2001, 12.

<sup>243</sup> Realmente el término foco de peligro no es más que un sinónimo del término tradicional fuente de peligro, pues ambos no son otra cosa que imágenes plásticas para designar el origen creador del peligro: fuente evoca el manantial de donde brota o mana el agua y foco (del lat. *focus*: fogón, hogar) alude al núcleo donde se concentra la fuerza origen del fuego, calor luz u otro efecto. Tal expresión, en alemán *Gefahrenherd*: foco de peligro, es usada ya por otros autores (en vez de o además de la tradicional *Gefahrenquelle*: fuente de peligro), p. ej. ANDROULAKIS, Studien, 1963, 70; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 283 = Fundamento y límites, 2009, 331; ZStW 96 1984, 294; RUDOLPHI, SK, desde 1.<sup>a</sup> 1975, 6.<sup>a</sup> 1994/7.<sup>a</sup> 1999, antes del § 13/16 a (usando un ejemplo con un término sinónimo: “un foco de enfermedad amenazante”); SILVA, en Cobo (dir.) Coment CP I, 1999, 473. Posteriormente tb. la usan (invocando sobre todo a Schünemann) p.ej. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/17, 107, 151 (ap. V), y en 8, 19, 23, citando a Schünemann; DOPICO, Omisión e injerencia, 2006, 761 ss. 788 ss., *passim*; siguiendo a Gimbernat MEINI, ADP (Perú) 2003, 433 ss.

<sup>244</sup> No lo hace en los trabajos cit. en n. 241. Sólo traza paralelismos con ejemplos de lo que llama desestabilizar focos de peligro mediante actividad, pero no define ni delimita el concepto.

también la puede producir una omisión. Pero, dado que se está hablando de desestabilizar focos de peligro haciendo que superen el riesgo permitido, también se puede entender que ello coincide en gran medida –siempre de se trate de un foco o fuente de peligro natural, no de origen en una actuación humana delictiva dolosa o imprudente– con el criterio del aumento de un riesgo controlado y de ese modo mantenido por debajo del riesgo permitido, aumento (que eso es lo que significaría desestabilización) producido por la propia omisión al descontrolarlo. Ciertamente esta cuestión queda sin desarrollar y concretar en la gran mayoría de los trabajos de este autor<sup>245</sup>; aunque en algún pasaje de algún otro trabajo deja más claro que esto significa que el obligado a vigilar un foco de peligro preexistente no adopta medidas de precaución que habrían mantenido el foco de peligro dentro del riesgo permitido<sup>246</sup>.

b’) En todo caso, este primer criterio de la desestabilización no coincide con el criterio del aumento del peligro o riesgo controlado por descontrol de la propia omisión, porque, como vemos, para nada presupone ni requiere que el peligro o bien fácticamente estuviera controlado o bien socio-normativamente se diera por seguro que estaba controlado por el garante. Y además no es compatible, si el criterio de la desestabilización de un foco de peligro se quiere aplicar también a focos de peligro humanos que aún no superan el riesgo permitido: p. ej. a la vigilancia o no vigilancia de actos que implican un riesgo aún remoto de potenciales futuras actuaciones imprudentes (no controlar que siga bebiendo alcohol una persona que es posible que quiera conducir a continuación, o no evitar quitándole las llaves de contacto que se ponga al volante en esas condiciones) o incluso a la no vigilancia o control de un riesgo lejano de alguna futura actuación dolosa del sujeto (subordinado o persona que hay que vigilar) cuyo comportamiento da indicios de poder emprender un delito doloso, p.ej. si (dolosa o imprudentemente) no adoptan medidas de control el padre o tutor de un menor o sujeto sometido a tutela al notar que éste da síntomas de ponerse agresivo ante cierta situación o el encargado de medidas de vigilancia y control de personal de una empresa que maneja fondos importantes pese a percibir que un empleado está llevando en los últimos tiempos un ritmo muy alto de gastos personales, que podría moverle a realizar defraudaciones en la empresa. Si en estos supuestos se aplica esta teoría para afirmar que el garante ha desestabilizado el peligro de modo que pase de permitido a no permitido y afirmar por

---

<sup>245</sup> Cits. en n. 241.

<sup>246</sup> Así GIMBERNAT, RDPCr 4 1999, 546 s.; ZStW 111 1999, 316 ss., ADPCP 2001, 12.

ende responsabilidad en comisión por omisión del delito realizado por el tercero, ello es incorrecto porque no tiene en cuenta que un peligro de origen humano funciona de modo muy diferente a un peligro de origen natural, debido a que el de origen humano depende de si la persona toma o no la decisión de actuar (v. más ampliamente sobre las razones de que esa diferencia suponga autoría en caso de omisión ante un peligro de origen natural y sólo participación si se omite ante un peligro de origen humano, *infra* VI.4. (antes de a), 5. a); y ello tiene al menos dos consecuencias que hacen la situación distinta del peligro de un origen (fuente, foco) natural:

En primer lugar, prescindiendo ahora de que la sola omisión de medidas de vigilancia o control por el garante aún no supone equivalencia con la comisión activa, ante un peligro remoto de origen humano, como es posible o muy posible que el sujeto a quien habría de supervisar y controlar no tome la decisión de actuar imprudentemente o incluso dolosamente, puede ser más frecuente, a no ser que los indicios en contrario sean muy vehementes, que la conducta pasiva del garante pueda invocar el principio de confianza (en que finalmente el tercero no actuará delictivamente) y por ello estar cubierta por riesgo permitido, lo que en cambio sucederá más difícilmente ante un peligro de origen natural que aún se mueva en los límites de lo no preocupante, tolerable o permitido, pero que, al percibirse que comienza a aumentar, como la fuerza natural opera automáticamente, es más probable que continúe su marcha para convertirse en un peligro relevante y no tolerable, lo que ya excluirá *ex ante* el riesgo permitido en el garante omitente (otra cosa es si su conducta es ya de omisión impropia o sólo omisión propia). En segundo lugar, en los casos en que sean más vehementes los motivos para desconfiar de la actitud del tercero y por ello no entren en juego el principio de confianza y el riesgo permitido, sino que el omitente garante actúe con imprudencia o incluso dolo, suponiendo que se den circunstancias que permitan la equivalencia, es decir, poder afirmar normativamente que su omisión crea o incrementa peligro, no será nunca peligro de autoría, esto es, de realizar –producir– el omitente el delito de resultado (como sí sucederá si el peligro es de origen natural, donde el curso natural del hecho no le quita el dominio del hecho a esa omisión creadora del peligro decisivo), sino peligro de que el sujeto no vigilado o controlado cometa el delito, o sea peligro de participación (cooperación) en la autoría de un delito ajeno imprudente o doloso, ya que será siempre éste el único que determine objetiva y positivamente el hecho con su imprudencia (poniéndose finalmente al volante muy bebido en el ej. anterior) o que domine el hecho con su actuación dolosa

(decidiéndose finalmente a realizar fraudes en la empresa en el ej. citado). Por ello, si fuera imprudente la participación –cooperación– por omisión del garante que no controla el delito, imprudente o doloso, del tercero, tal cooperación omisiva sería impune conforme al criterio, que comparto, de considerar atípica la mera participación imprudente<sup>247</sup>; si fuera dolosa la cooperación omisiva del garante que no controla el delito ajeno, tal conducta sí sería ciertamente punible, pero sólo como participación, por tanto siempre con las limitaciones de la accesoriedad y con rebaja de pena frente a la autoría si la cooperación se considerara no necesaria.

c') Aparte de ello, esta construcción exige que supere el riesgo permitido, mientras que en cambio para el criterio aquí defendido es suficiente que con ese aumento se produzca un riesgo mínimamente relevante a efectos jurídicos o típicos; si no superara el nivel de riesgo permitido, esa comisión por omisión en principio típica (tipo positivo) estaría, según los casos, justificada por riesgo permitido o amparada por adecuación social.

d') Por otra parte, este primer criterio alternativo **no puede caracterizar ni encaja en los casos de comisión por omisión perfectamente fundamentables en que socio-normativamente se puede afirmar que es la omisión misma del garante la que crea ex novo un peligro o riesgo hasta entonces prácticamente inexistente**: p. ej. riesgo de lesiones o muerte por inanición creado por la madre que no alimenta al bebé, igual que en la figura paralela (sin deber de garante) de crearse a sí mismo el sujeto ese riesgo de lesiones o muerte por dejar prolongadamente de ingerir alimentos. Su autor sí los trata<sup>248</sup>, pero evidentemente no hay ningún foco de peligro estable que se pueda decir que la omisión de alimentar desestabilice. Siendo así, el criterio de la desestabilización de un foco de peligro haciéndolo superar el riesgo permitido no está en condiciones de explicar adecuadamente las características de estos supuestos.

---

<sup>247</sup> V. sobre mi posición LUZÓN PEÑA, La “determinación objetiva del hecho”, ADPCP 1989, 889 ss.; tb. en Luzón Peña, EPen, 1991, 197 ss.; Lecc PG, 3.ª 2016, 18/43-52; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, AFDUA n.º extraord. 2000, 53 ss.; tb. en DPCo 2 2003, 89 ss.; FS-Roxin, 2001, 575 ss. Una amplísima información sobre las posiciones sobre la autoría y la participación imprudentes proporciona ROSO CAÑADILLAS, en su fundamental libro Autoría y participación imprudente, 2002, *passim* (donde comparte mis criterios: 501 ss. y 532 ss. sobre la autoría imprudente, 594 ss. sobre la participación imprudente y su impunidad); tb. en La concurrencia de imprudencias. Sus efectos en la teoría del delito, PJ 46 1997, 273 ss., 281; Los criterios de autoría en el delito imprudente, TSJAP 21 2002, 11 ss.; defendiendo ahora la tipicidad y punibilidad de la participación imprudente en Autoría y participación imprudente, ForFICP 2015-2, 100 ss.

<sup>248</sup> RDPCr 4 1999, 550 s.; en Cobo (dir), ComCP I, 1999, 435 s.

2) ***Segundo criterio alternativo: la no reducción de un riesgo excesivo al permitido***

Sin embargo y en todo caso, **la segunda posibilidad alternativa** que admite esta construcción como criterio de equivalencia, a saber, que el garante de vigilancia o control de un foco de peligro preexistente, en caso de que éste hubiera superado ya el riesgo permitido o tolerado, no adopte medidas de precaución “que lo habrían reconducido otra vez al nivel conforme a Derecho”<sup>249</sup>, **anula prácticamente el alcance de la restricción del primer criterio alternativo.**

Pues no reducir o reconducir un riesgo excesivo y no permitido ya existente al nivel permitido, riesgo de origen no humano: procedente de objetos, productos, instalaciones o fuerzas naturales, o de origen humano por actuaciones dolosas o imprudentes, eso mismo lo puede hacer igualmente un omitente no garante si no cumple un deber general de actuación salvadora ante peligros graves y no realiza la acción de contrarrestar o frenar el peligro exigida, pero obviamente responde sin embargo sólo por una omisión propia p.ej. del art. 195 o 450 CP. Ciertamente el criterio alternativo de la no reconducción o reducción del peligro excesivo no se aplica a terceros no garantes, sino al garante con deber de vigilancia o control; pero **entonces es únicamente esa posición o deber de garante la que fundamentará la comisión por omisión** en vez de una omisión propia, y en ese caso **falta totalmente un criterio normativo material, adicional a esa posición de garante de vigilancia o control, que permita fundamentar la equivalencia** de su omisión con la causación activa del resultado.

A mi juicio, esta segunda alternativa realmente pretende hacer responder a los garantes de vigilancia y control por un delito de infracción de deber como responsables de comisión por omisión de un delito de resultado, y como tal delito de infracción de deber se conforma con el incumplimiento de cualquier manera, también por omisión, del deber especial de garante. Pero ilimitadamente: no sólo en delitos imprudentes<sup>250</sup>, donde (v. *supra* III.7. b3), *infra* VI.6.), es plausible que la infracción de un deber especial, como pueden ser los de supervisión y control encomendados a determinados cargos o posiciones pueda, al menos en ciertos casos, fundamentar autoría de omisión impropia,

---

<sup>249</sup> GIMBERNAT, ADPCP 2001, 12; similar RDPCr 4 1999, 546 s., ADPCP 2000, 72.

<sup>250</sup> GIMBERNAT, en RDPCr 4 1999, 546 s., limita su 2º criterio sólo a delitos imprudentes, pero en los siguientes trabajos (ADPCP 2000, 72; ADPCP 2001, 12) ya lo amplía tácitamente tb. a los delitos dolosos porque no indica ninguna restricción de su ámbito.



sino también en delitos dolosos, lo que desde luego con carácter general no parece admisible (si no hay una tipificación legal expresa de un delito doloso como delito puro de infracción de deber)<sup>251</sup>.

### 3) *¿Aplicabilidad de ambos criterios a los deberes de garante de protección de bienes jurídicos?*

¿Amplía GIMBERNAT o es ampliable la aplicación de sus dos criterios a deberes de garante no de vigilancia y control, sino de protección de bienes jurídicos? Aunque estos criterios son aplicados constantemente a supuestos de garantes de vigilancia o control de peligros y él reconoce expresamente que su criterio es limitar el campo de aplicación de los delitos de omisión impropia a los casos de vigilancia de una fuente de peligro preexistente<sup>252</sup>, no quedan totalmente excluidos los garantes de protección, pues este autor amplía en un supuesto la aplicación de sus dos criterios a deberes de garante de protección de bienes jurídicos, pero de modo excepcional y muy peculiar, afirmando<sup>253</sup> que se puede aplicar a aquellos garantes de protección en los que los sujetos que hay que proteger por su menor edad, incapacidad, mayor edad etc. se han convertido, dice, en “un foco de peligro para ellos mismos o para los demás”<sup>254</sup> –en algún momento los llama incluso “focos de peligro andantes”<sup>255</sup> (!)–, y entonces el garante realmente está encargado de controlar mediante medidas de cuidado adecuadas ese foco de peligro. Sin

---

<sup>251</sup> En cuanto a los delitos imprudentes GIMBERNAT, Art. 11, en Cobo (dir), ComCP I, 1999, 423 ss., 433 ss., 437 ss.= RDPCr 4 1999, 539 ss., 545 s., 552 s., sostiene que, igual que en el delito comisivo imprudente se imputa con base en la seguridad, no del resultado, sino de que el autor aumentó el riesgo del haz de peligros que con seguridad causó el resultado, sostiene para la comisión por omisión imprudente que no hay que preguntar si la acción omitida habría evitado el resultado con seguridad, sino si la omisión de una medida de precaución ha hecho posible que el foco de peligro superara el riesgo permitido (ya que se habría mantenido dentro de éste, si se hubiera adoptado aquella medida) y si a su vez ese foco de peligro ya prohibido ha causado con seguridad el resultado; y pone como ej. (en Cobo (dir), ComCP I, 1999, 430 s.; RDPCr 4 1999, 545 s.) que el médico por negligencia no diagnostica la peritonitis, lo que de haber ocurrido habría dado lugar a una medida terapéutica que habría disminuido el haz de peligros: muerte por peritonitis. No obstante, frente a esta postura, **que viene a coincidir en su conclusión con la teoría de la disminución del riesgo**, aplicando a la omisión invertido el planteamiento del incremento del riesgo, aquí hay que insistir en los argumentos que ya hemos visto al tratar en general la imputación objetiva del resultado (*supra* III.3. c y d) en el sentido de que, si no hay práctica seguridad (certeza o probabilidad rayana en la misma) de que la conducta debida habría evitado el resultado, no se puede imputar el resultado a una acción imprudente y por tanto no hay responsabilidad por delito imprudente consumado de resultado lesivo, dado que no estamos en la estructura de un delito de peligro, lo que implica la no responsabilidad penal al no haber tentativa en el delito imprudente; sólo no habrá impunidad en tales casos si se producen en un sector de actividad humana en que la ley ha creado delitos de peligro.

<sup>252</sup> GIMBERNAT, RDPCr 4 1999, 552; en Cobo (dir), ComCP I, 1999, 437.

<sup>253</sup> En RDPCr 4 1999, 550 s.

<sup>254</sup> RDPCr 4 1999, 550; en Cobo (dir), ComCP I, 1999, 435.

<sup>255</sup> RDPCr 4 1999, 549; en Cobo (dir), ComCP I, 1999, 433.

embargo, con independencia de la forma buscadamente efectista de tales calificativos, en cuanto al fondo yerran en su objetivo, en su calificación: es equivocado querer caracterizar también y siempre esos casos como supuestos de garante controlador de una fuente de peligro para que encajen con su previa idea de que sólo en ese caso y no en el garante con función de protección puede haber omisión impropia, ya que, aunque en algunos contados casos los niños pequeños o los ancianos con senilidad pueden, por su falta de discernimiento, ser peligrosos, poniendo en peligro inconscientemente a los demás o a sí mismos, en la mayoría de los supuestos no es así, sino al revés, son seres totalmente desvalidos o desprotegidos frente a peligros externos, y esa es en todo caso la característica común a la situación de niños pequeños o muy pequeños, enfermos graves, inválidos o minusválidos profundos o ancianos seniles, y es por tanto incorrecto querer transformar su peculiar característica común, su total vulnerabilidad ante los peligros y dependencia de la protección ajena, en peligrosidad suya, en ser fuente de peligro. Así es erróneo decir que un anciano o un enfermo semi inválido al cuidado de su pariente, o un enfermo hospitalizado muy grave al cuidado de personal médico sanitario, es un foco de peligro para sí mismo, pues la fuente de peligro es la enfermedad, el ataque a su salud que de pronto se presenta; tampoco es exacto decir –ni desde luego es lo que socialmente se dice o afirma– que se pone en peligro a sí mismo por no alimentarse un bebé o un inválido o enfermo grave incapaz de alimentarse a sí mismo si prolongadamente no reciben alimentación, ya que el peligro para su salud o incluso su vida lo genera la prolongada desnutrición, que por su total desvalimiento e incapacidad nadie les achaca a ellos, sino a no recibir la alimentación de otros que necesitan por decisión voluntaria o descuido de los cuidadores o por accidente o fuerza mayor. Lo que en todos esos supuestos existe es una total vulnerabilidad y desvalimiento del sujeto pasivo y como veremos (*infra* VI.3. h2a’) ella justifica que se pueda afirmar normativamente que la omisión del garante protector crea o aumenta el peligro. Y en segundo lugar, puede haber otros casos que no sean así y ni por aproximación se pueda decir que la víctima es foco de peligro para sí mismo (p.ej. quien confía su protección o de su familia personas y bienes a un o unos guardaespaldas armados y éstos dolosamente no lo defienden frente a delincuentes que atacan, o a un piloto de avioneta o helicóptero que lo pueda sacar de allí en caso de erupción volcánica o catástrofe natural y cuando surge, el piloto se da a la fuga y lo deja abandonado ...), pero en los que socio-normativamente, por excluir a terceros etc., se dé por seguro y descontado que el sujeto pasivo está protegido, seguro, blindado por el garante frente a eventuales peligros. Y como veremos *infra* VI.3. h2a’-b’, esos también

son casos de comisión por omisión (la mayoría en autoría, y en cooperación cuando intervienen activamente terceros como autores) porque la omisión de tal garante protector sí equivale a la comisión activa, sin que para nada la víctima sea fuente de peligro para sí misma. En conclusión, frente a lo que mantiene esta posición puede haber comisión por omisión no sólo en ciertos supuestos de garante de control y supervisión de un peligro, sino también en otros de garante de protección.

### **C. RECAPITULACIÓN. JUSTIFICACIÓN DEL BAREMO DE LA CREACIÓN O AUMENTO DEL RIESGO DESDE LA PERSPECTIVA SOCIO-NORMATIVA. COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS CON OTROS CRITERIOS RESTRICTIVOS**

#### **1. Justificación como baremo para la equivalencia del criterio de la creación o aumento del peligro por la omisión misma**

La utilización como baremo para la equivalencia del criterio aquí defendido de que la misma omisión normativamente (socialmente o incluso jurídicamente) suponga la creación de un peligro o riesgo típicamente relevante o el descontrol de un riesgo o peligro existente pero controlado y el consiguiente aumento de dicho riesgo, que pasa a ser típicamente relevante, se justifica precisamente porque **ese es el mismo criterio que permite la imputación objetiva** –esto es, la relevancia típica– **de la conducta en el delito resultativo de comisión activa**, en el que no basta la simple relación causal con el resultado (o aportación causal al mismo), sino que la imputación objetiva de la propia acción **requiere la adecuación de la conducta** (idoneidad, normal previsibilidad objetiva de su potencialidad para causar el resultado en un juicio normativo) **y por tanto la creación por la misma de un peligro o riesgo relevante o al menos el aumento del mismo**, la creación de mayor peligro. Y como se ve, en el delito de comisión activa también es normativo y no puramente fáctico el criterio de imputación objetiva.

Por otra parte, para la imputación objetiva basta con la creación o aumento del riesgo o peligro y eso en la omisión impropia lo produce el descontrolamiento por ésta de un peligro que se daba por hecho que estaba bajo control del garante, como a continuación veremos en detalle. Y aún no hace falta decidir si en la conducta del garante hay “dominio”, como sostiene SCHÜNEMANN, porque el dominio es el criterio necesario para la autoría dolosa, no para la imputación objetiva: v. *supra* III.7. b1, *infra* VI.4. (antes de a).

## 2. Coincidencias y diferencias con otros criterios restrictivos

Las coincidencias y diferencias de mi criterio con los otros vamos a centrarlas ahora en los dos criterios restrictivos más importantes: el de SCHÜNEMANN y el de SILVA (en sus respectivos aps. ya he valorado críticamente los otros).

### *a) Comparación con el criterio de SCHÜNEMANN del dominio sobre el fundamento u origen del resultado*

Coincidencias y diferencias del criterio(s) de SCHÜNEMANN con el criterio aquí mantenido. El criterio rector de SCHÜNEMANN del dominio sobre el fundamento u origen del resultado guarda un cierto paralelismo con el aquí propuesto del descontrol y control del peligro como concreción de la creación o aumento del mismo (y por otra parte, aplicado estrictamente conduce a resultados relativamente próximos). Pero, como acabamos de ver, para la imputación objetiva basta con la creación o aumento del riesgo o peligro y eso en la omisión impropia lo produce el descontrolamiento por ésta de un peligro que se daba por hecho que estaba bajo control del garante; y aún no hace falta decidir si en la conducta del garante hay “dominio”, como sostiene SCHÜNEMANN. Ello será un requisito, no de la equivalencia con la comisión activa, sino de la autoría de un delito de resultado en caso de dolo, mientras que en caso de imprudencia bastará la determinación objetiva del hecho para la autoría imprudente, y en caso de simple participación (dolosa) por omisión bastará que la conducta omisiva cree o aumente un riesgo, no de realizar el hecho dominándolo o determinándolo, sino de favorecer o facilitar que otro realice el hecho (v. más ampliamente *supra* III.7. a, *infra* VI.4. –antes de a–, 5. a). Por estas razones es más exacto hablar de control y descontrol del peligro como concreción de la creación o aumento del peligro o riesgo, y no de dominio.

Ahora bien, dejando aparte la diferencia de fundamentación, hay que preguntarse si el criterio de SCHÜNEMANN es menos o igual de restrictivo que el aquí defendido. Y aunque la fórmula del dominio sobre el fundamento, origen o razón del resultado, si se siguieran estrictamente sus requisitos de desarrollo en los diversos supuestos, podría producir prácticamente los mismos resultados restrictivos de la responsabilidad que el criterio de la creación o aumento del peligro por la omisión, sin embargo en ocasiones SCHÜNEMANN no aplica en casos concretos de modo totalmente estricto sus propios requisitos:

Así en casos de dominio sobre cosas peligrosas, pese a que en general dice que ha de ser dominio real y no sólo potencial, a veces afirma la existencia de ese dominio en el tráfico aunque no se pueda dar por hecho o por seguro que lo ejerza o va a ejercer realmente, p.ej. el dominio del titular de una casa sobre el tejado en mal estado<sup>256</sup>. O en los garantes de protección, pese a requerir repetidamente un especial desvalimiento o fragilidad o vulnerabilidad de la víctima, luego se conforma con el desvalimiento o vulnerabilidad parcial<sup>257</sup>: p. ej. en los presos, el paciente o enfermo grave pero no totalmente desvalido que acude a urgencias, el accidentado que aún puede moverse con dificultad, el niño que no nada muy bien y cuya madre encarga a un nadador que lo vigile<sup>258</sup>, en cuyos casos no siempre se va a dar normativamente por hecho o por descontado que el garante va a proteger realmente. Y finalmente en los casos de garante de control o vigilancia que incumple ese control sobre actividad delictiva de terceros, él afirma la equivalencia y por ello comisión por omisión como autor si el directivo de una empresa tiene “dominio personal” (sobre subordinados) que cometen delitos; ello se debe a que en su concepción basta un dominio inicial sobre el origen o fundamento del resultado y no exige luego dominio del hecho durante la producción del delito; sin embargo, tal dominio del hecho sólo lo ejercen los sujetos que cometen activamente el delito (de apropiación indebida, fraude, fiscal, medioambiental etc.), a no ser que el directivo o el supervisor tenga también dominio del hecho como autor mediato por órdenes, presión, superioridad etc., pero no siendo así será sólo cooperador de los delitos realizados activamente por otras personas de la empresa.

***b) Comparación con el criterio de SILVA de la retirada del compromiso y barrera de contención***

Vamos a destacar las coincidencias y diferencias del criterio de SILVA con el criterio mío. ¿Es menos o más restrictivo? SILVA dice que su criterio es más restrictivo que el mío<sup>259</sup>. Ello no es totalmente exacto, pero en todo caso en algunos extremos no es el criterio más adecuado.

---

<sup>256</sup> SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 284 (Fundamento, 2009, 332.).

<sup>257</sup> SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 348 ss. (Fundamento, 2009, 398 ss.).

<sup>258</sup> Cfr. respectivamente sobre esos supuestos SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 349 (presos), 350 (paciente), 351 (accidentado), 353 s. (niño y nadador). = Fundamento, 2009, 398, 400, 400 s., 402 s.

<sup>259</sup> Así SILVA, CPC 1989, 376, n. 39, donde, tras citar mi opinión (en LUZÓN, LL 1986-3, 545 n.25) de que su posición basada en el compromiso de una barrera de contención (El delito de omisión, 1986, 369

Por una parte, aun siendo muy restrictiva, más incluso que el criterio de SCHÜNEMANN (puesto que no todos los casos de dominio sobre el fundamento o razón del resultado implican un previo compromiso específico de contención del peligro), la formulación inicial de SILVA (existencia de un compromiso –de protección o control–, aunque no sea expreso, sí concluyente e inequívoco y por eso su incumplimiento es retirar una barrera de contención<sup>260</sup>) no es lo suficientemente estricta en su requisito para algún grupo de casos; por tanto, en este aspecto es menos restrictiva que la mía. La cuestión es que la sola asunción de un compromiso específico de actuar como barrera de contención no es tan exigente y restrictivo como el presupuesto de mi criterio del aumento o descontrol del riesgo. Ciertamente en los casos en que el garante de hecho esté cumpliendo ya su compromiso de contención y de pronto deja de desempeñar el control del peligro o la protección de los bienes de alguien frente a peligros, ello sí coincide exactamente con la primera posibilidad que admito en mi criterio, la de que fácticamente el peligro estaba controlado o afrontado mediante una protección puesta en práctica. Pero en los demás supuestos en que ello no es así, el mero compromiso asumido de contener el peligro no siempre equivaldrá a una situación en la que normativamente, al menos siconormativamente, se considere controlado o contenido el peligro (y sin embargo SILVA defiende siempre la equivalencia en ese caso)<sup>261</sup>: como hemos visto, en muchas

---

ss.) es potencialmente extensiva y menos restrictiva que la mía, sostiene que su criterio “es restrictivo al máximo” y que en cambio, aunque mi concepción “se halla ... muy próxima” a la suya, mi propuesta de que normativo-socialmente se dé por hecho que el riesgo está controlado, sin apuntar el compromiso individual que es la base de tal confianza social, sí podría resultar extensiva. Pero SILVA puede permitirse esa afirmación porque en este trabajo, como expongo a continuación (en el texto, *infra* V.C.2. b, párr. 3.º), en 1989 introduce una restricción que no estaba en su formulación inicial de 1986: que se trate de un compromiso no formal, sino efectivo y material.

<sup>260</sup> Citando textualmente los términos que emplea SILVA en la primera formulación de su criterio en el delito de omisión, 1986, 370 s.; tampoco exige más en ADPCP 1988, 573: la identidad estructural y material precisa para la comisión por omisión exige “la existencia de un previo acto de compromiso de contención de riesgos en el sujeto que luego omite hacerlo”.

<sup>261</sup> Con anterioridad a la formulación de SILVA en 1986, SCHÜNEMANN, *Grund u. Grenzen*, 1971, 351 (Fundamento, 2009, 400 s.), señala con razón que “no todo compromiso o promesa de auxilio en una situación peligrosa representa ya una asunción de dominio: Así por ejemplo en el conocido caso del senderista (un caminante o senderista encuentra en un lugar solitario a un accidentado, al que abandona haciéndole la promesa de buscar inmediatamente ayuda, cosa que sin embargo después no hace) no se da ningún acto de confianza que fundamente el dominio, en la medida en que falta una *disposición* del sujeto amenazado”; lo que variaría –añade– si el accidentado hubiera podido intentar llegar arrastrándose hasta la aldea más próxima y no lo hiciera por la promesa, pues entonces sí habría un acto de confianza y de disposición suyo que fundamenta una posición de dominio entre el accidentado y quien le promete ayuda, y la asunción por parte de éste modifica la vulnerabilidad de aquél. Y algo más adelante (1971, 351; 2009, 401) añade que “el cumplimiento parcial del deber de samaritano [de socorro] no modifica sustancialmente la situación de peligro, mientras que en cambio la asunción del dominio se caracteriza por una *modificación de la estructura del desamparo*; si se quiere, se puede emplear al respecto el término ‘aumento del peligro’”. Como se ve, para estos casos de asunción la formulación de SCHÜNEMANN acaba coincidiendo prácticamente con la mía.



posiciones de garante de protección un garante se compromete voluntariamente a proteger bienes jurídicos de otra persona en caso de un eventual peligro y sin embargo el incumplimiento de su compromiso no se considera que normativamente aumente el peligro si socio-normativamente no se da por seguro, por descontado que ese garante va a establecer automáticamente una contención (la protección) si se presenta un peligro; p. ej. un cónyuge o morador puede prometer incluso expresamente a otro adulto cuando van a convivir en el mismo hogar, que avisará al servicio médico o lo llevará a un centro médico si el otro morador, que estaba sano, sufre de pronto un accidente o enfermedad en la morada, y no obstante la valoración normativa, tanto jurídica como social, no da por descontado, por seguro, que si de repente surge un peligro para la salud o incluso vida de un morador hasta ese momento en plenas facultades, el otro morador vaya a cumplir su promesa –a veces bastante antigua– de protección, máxime si ha habido enfrentamientos o enemistad entre esos moradores, lo que explica la reacción de desentenderse. Y cuando ello sea así, como no estamos ante un peligro o riesgo fáctica ni normativamente contenido o controlado, tampoco normativamente se puede afirmar que la omisión es la que aumenta el peligro por descontrolarlo o dejar de contenerlo, sino que el garante sólo deja que el peligro no contenido ni controlado siga su curso; y ello es una omisión propia de garante, una omisión pura ciertamente agravada por ser de un garante, pero no supone comisión por omisión.

Ciertamente en una reformulación posterior del criterio, precisamente ante mi crítica de que su concepción asentada sobre el compromiso era menos restrictiva que la mía y “potencialmente extensiva”<sup>262</sup>, SILVA en 1989 añade otras exigencias a su criterio distintas de la formulación inicial, reformulándolo en esta segunda versión<sup>263</sup> así: “yo, con tal concepto, ... no me refiero a un compromiso formal, sino efectivo, material e inequívoco”<sup>264</sup>; y por ello exige “que el sujeto ... haya adoptado el *compromiso específico y efectivo* de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados. Tal ‘compromiso material’ se adquiere mediante la *realización de actos inequívocos de contención* del riesgo o riesgos de que se trate. Los referidos actos –en general

---

<sup>262</sup> Manifesté esa opinión y que la posición de SILVA, aun muy similar, podía ser menos restrictiva que la mía en LUZÓN PEÑA, PJ 2, 1986, 83 n. 25 = LL 1986-3, 545 n.25; tb. en LUZÓN, EPen, 1991, 240 n.25.

<sup>263</sup> Aunque antes SILVA, LL 1987-1, 960 (955 ss.) = en Mir Puig (ed.), Avances de la Medicina y DP, Barcelona, 1988, 130 (125 ss.), ya había reclamado para la comisión por omisión en la responsabilidad médica la “asunción efectiva con compromiso específico”.

<sup>264</sup> SILVA, CPC 1989, 376, n. 39.

‘constantes’, ‘normales’– suscitan tanto en la colectividad como en los potenciales afectados la impresión incontestable de que tal sector de riesgo se encuentra ‘bajo control’<sup>265</sup>. Esto ya coincide más con mi criterio; hasta el punto de que SILVA llega a añadir, en la línea de SCHÜNEMANN, que “el sujeto que se ha comprometido domina, pues, totalmente el acontecer típico”<sup>266</sup>, e incluso, ya en mi línea, que el supuesto de quien incumple un compromiso material así “puede calificarse de verdadera ‘creación normativa del riesgo’ ”<sup>267</sup>. De todos modos no queda muy claro si lo que cuenta es el juicio normativo de control del peligro y creación por ello de riesgo por la omisión o la situación fáctica de tener contenido ese riesgo, pero en lo expuesto como parte central de su posición parece preponderar este aspecto (“la realización de actos inequívocos de contención”), y entonces no se trata ya de un compromiso inequívoco, concreto y real, sino aún más, del efectivo desempeño o ejercicio de actos de la función de contención en virtud del compromiso. En tal caso este criterio será excesivamente restrictivo, ya que, como he expuesto y aún veremos con más detalle (*infra* VI.3 a y f), lo que cuenta es que socio-normativamente se dé por seguro, por descontado que el garante va a controlar el peligro, aunque no lo esté haciendo efectivamente.

Por otra parte, la formulación de SILVA, si se toma estrictamente su literalidad, resulta *ante un grupo de supuestos demasiado restrictiva* para una correcta equivalencia de la comisión por omisión con la activa, porque *deja fuera todos aquellos casos en que*

---

<sup>265</sup> CPC 1989, 376, cursivas en el original. En trabajos posteriores ya repite estas formulaciones: así SILVA, *El nuevo CP: cinco cuestiones*, 1997, 62: asunción del compromiso material; 63 n. 157: el incumplimiento del compromiso adquirido de contener riesgos fundamenta un dominio sobre el riesgo; 64: el compromiso infringido, un compromiso específico de contención de riesgos, que genera en el sujeto un dominio normativamente idéntico al del sujeto que creara el peligro; 68: requiere la “asunción fáctica del compromiso de protección”; 69: sólo concurren los presupuestos de la equivalencia “cuando se ha asumido de un modo efectivo el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados”; idéntico en Cobo (dir), *Coment CP I*, 1999, 455, 456 n. 33, 457, 462, 464; similar en RJCat 1992, 441 ss., espec. 442 (un compromiso específico y material de protección del recluso frente a agresiones).

<sup>266</sup> SILVA, CPC 1989, 376 s.

<sup>267</sup> SILVA, CPC 1989, 377, n. 42, poniendo como ejemplos estructuralmente idénticos el de quien provoca la avenida de un río sobre un pueblo rompiendo una presa y el de quien, habiéndose comprometido en el sentido material expuesto a cerrar las compuertas siempre que se produjera una crecida, no lo hace, dando lugar asimismo a la avenida: “Si el primer supuesto es de creación naturalística del riesgo, el segundo puede calificarse de verdadera ‘creación normativa del riesgo’ ”. Ello pese a que reiteradamente SILVA afirma en varios lugares (*El nuevo CP*, 1997, 63 n.157; en Cobo (dir), *Coment CP I*, 1999, 456 n. 33) que “la omisión no crea el riesgo, sino que el incumplimiento del compromiso adquirido de contener riesgos fundamenta un dominio sobre el riesgo... Prueba de que la omisión no crea el riesgo ... es que la responsabilidad en comisión por omisión puede concurrir con responsabilidad comisiva activa (de quien sí creó el riesgo)”; pero a continuación (*El nuevo CP*, 1997, 64; en Cobo (dir), *Coment CP I*, 1999, 457) matiza sobre la comisión por omisión que “no hay en ella creación *causal* del riesgo, sino ausencia de control del mismo” (cursiva añadida).

*el garante lo es*, no por contrato o asunción de funciones que implican un pacto tácito con la sociedad, sino *en virtud de obligaciones legales que se le imponen por su condición no voluntariamente asumidas* (p. ej. de paternidad, de deber profesional ante ciertas situaciones o de función pública legalmente impuesta y no voluntariamente aceptada) y aunque en el caso concreto el obligado tampoco asuma voluntariamente un compromiso específico de contención<sup>268</sup>. Y dentro de estos supuestos de posiciones o deberes de garante claro que puede haber casos en que, con los requisitos señalados, el incumplimiento del deber suponga omisión impropia. ¿O es que acaso, en el caso tradicional más inequívoco de comisión por omisión, el de la madre que deja morir de hambre al hijo recién nacido, sólo habría equivalencia con la comisión activa si la madre había comenzado a asumir ya voluntariamente su función de control alimentando al bebé pero luego la interrumpe y retira su compromiso de contención del peligro, y no habría homicidio (en sentido amplio) en comisión por omisión si la madre desde el principio no asume voluntariamente ese compromiso y rol y niega el alimento al pequeño desde el primer instante?

## **VI. DESARROLLO EN DETALLE DEL CRITERIO DE LA CREACIÓN O AUMENTO DEL PELIGRO O RIESGO POR LA OMISIÓN COMO FORMA DE IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO A LA OMISIÓN. LOS CASOS NORMALES: AUTORÍA POR DOMINIO O DETERMINACIÓN OBJETIVA DEL HECHO**

Vamos a ocuparnos como supuestos normales de los casos de **autoría**, y dejamos para un segundo momento los supuestos de participación por omisión<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> Y efectivamente SILVA, en Cobo (dir), Coment CP I, 1999, 475 s., frente a la posición de que hay deberes legales institucionales, concretamente frente a la posición de JAKOBS de distinguir deberes de garante por la posición institucional y otros derivados de la propia autoorganización, admite equivalencia sólo por haber asumido voluntariamente la función de control de riesgos concretos, lo cual (475) “es una cuestión organizativa, dinámica, que no puede asociarse ni a instituciones ni a vínculos estáticos”; y en 476 concluye respecto de los deberes de origen legal o contractual-formal: “Para quienes sigan las concepciones institucionalistas lo decisivo resultará ser la ostentación del rol, con independencia de la efectiva asunción de funciones. En otras palabras, el fundamento se hallaría, respectivamente en la ley o el contrato (formal) y no en la asunción efectiva de funciones de control, como yo pienso, por reconducción de la comisión por omisión al ejercicio de una competencia de organización”; cfr. tb. 473 s. y 476 n. 85 *in fine*.

<sup>269</sup> Lo sustancial de lo que sigue lo he anticipado en mi Lecc PG, 3.ª 2016, 31/103-147. y en mis artículos en GA 2016-5: FG-Roxin, 275 ss.; Libt 5 2016: LAm-Roxin 85, 83 ss.; ForFICP 2017-1, 219 ss.; y sobre todo más ampliamente en Libt 6 2017, 235-265; RDP 2017-2, 164-199; ForFICP 2021-3, 60-90, este último más amplio en el tema de la autoría en comisión por omisión.

## 1. La creación o aumento de un peligro o riesgo relevante (adecuación de la acción) como criterio general de imputación objetiva, también en los delitos de comisión activa

En el delito de **comisión activa** que consista en un tipo de causación o de resultado lo característico del mismo es la creación activa de un riesgo<sup>270</sup> mediante la actividad del sujeto: esta actuación positiva pone en marcha un curso causal que por primera vez, o bien crea o provoca un riesgo hasta ese momento inexistente de producción del resultado<sup>271</sup>, o bien, si ya existía un cierto riesgo, tal actividad lo incrementa decisivamente, y dicho riesgo se realiza en el resultado: así lo destacan de modo penetrante algunos autores (STRATENWERTH, OTTO, SILVA), señalando como contraposición que en cambio en el delito omisivo (propio) hay un riesgo preexistente que se va a realizar en el resultado y que no es disminuido por una acción del sujeto<sup>272</sup>. Eso precisamente es lo que ha puesto de manifiesto la teoría de la **imputación objetiva** al exigir como primer requisito *la creación de un riesgo jurídicamente relevante por parte de la acción* (la *adecuación ex ante* de ésta) y en segundo lugar, dentro del fin de la norma, la realización de ese riesgo o peligro en el resultado, lo que se comprueba ya *ex post*<sup>273</sup>. Y de cualquiera de las dos maneras dicha actividad –en caso de consumación y

---

<sup>270</sup> Así SILVA, El delito de omisión, 1986, 134 ss., 169, 196, passim; pero SILVA hace esta afirmación de todos los casos de comisión, con lo que incluiría también a los delitos de mera actividad (en los que no parece muy adecuado hablar de creación del riesgo (de resultado); similar en 150: la comisión vulnera la prohibición de ingerencia en la esfera jurídica ajena.

<sup>271</sup> Resultado que normalmente consistirá ya en la lesión del bien jurídico (ej. la muerte, las lesiones físicas, en la estafa el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo), pero que en algunos tipos resultativos puede consistir en un resultado anticipado distinto: ejs. lograr la “posesión” en el tráfico de drogas, o en las falsificaciones de moneda o documentales el lograr crear un objeto con un mínimo de apariencia engañosa, lo que sin embargo todavía no supone lesión ni peligro concreto para la fe pública: v. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.ª 2012/3.ª 2016, 14/11.

<sup>272</sup> Así STRATENWERTH, AT, 3.ª 1981, nm. 976; 6.ª 2010, § 13/3, ciertamente hablando de (delito de) “acción” en lugar de denominarlo de “comisión”; OTTO, AT, 1.ª 1976, 166; 7.ª 2004, 156; SILVA, El delito de omisión, 1986, 134 ss., 169, 196. Similar, pero menos preciso, es el planteamiento de SAMSON, FS-Welzel, 1974, 592 s.: es comisión la intervención que empeora la situación de un bien jurídico en situación normal, y omisión la que no lo mejora; coincide SAMELÜCK, Zur Unterscheidung, 1976, 135 ss., 138.

<sup>273</sup> Cfr. al respecto sobre la imputación objetiva en el delito de comisión activa LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 15/50 ss., 61 ss. Así lo destaca en la comparación delito de actividad/de omisión STRATENWERTH, AT, 4.ª 2000, § 13 3; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª 2011, § 13 3, señalando que la distinción mencionada, según la cual en el delito de acción el autor ha creado o aumentado el riesgo y en el de omisión no ha disminuido el riesgo, la realiza “sobre la base de los criterios aquí mantenidos de la imputación objetiva”. También SILVA, CPC 1989, 377 n. 42, hace esta distinción entre la creación de riesgo o peligro *ex ante* como criterio de imputación objetiva de la propia conducta fundamental para la equivalencia y realización *ex post* de ese peligro en el resultado como criterio de imputación objetiva del resultado (precisamente defendiéndonos a MIR y a mí de la crítica de HUERTA: v. con más detalle *supra* n. 90 y en LUZÓN PEÑA, Libt 6 2017, 167 n. 57; RDP 2017-2, 78 s. n. 57); similar RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad, 2005, 116.

autoría– causa con imputación objetiva el resultado determinando objetiva y positivamente el hecho (dominando el hecho en caso de dolo).

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 misma cree un riesgo inexistente o antes totalmente controlado o incrementalmente decisivamente (descontrole) un riesgo existente controlado en parte, 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 de la conducta)**<sup>274</sup>. Lo mismo ha de regir en la omisión impropia para que haya equivalencia con la realización activa del correspondiente tipo comisivo de resultado. Por tanto para ello –para la imputación objetiva de la conducta, equivaliendo a la conducta típica de la comisión activa– la propia conducta, en este caso la omisión misma en las circunstancias que la rodean ha de crear un peligro o riesgo relevante hasta ese momento inexistente o, lo que será lo más frecuente, ha de aumentar, descontrolándolo, un peligro o riesgo existente pero controlado o bastante controlado y con ello crear un riesgo o peligro mayor y ahora jurídicamente relevante por descontrolado y preocupante<sup>275</sup>. Dicha *creación o aumento de peligro o riesgo sólo en algunos casos por la omisión del garante, no por su conducta anterior*, es posible afirmarla desde una perspectiva normativa, social o jurídica o ambas cosas, aunque naturalmente basada en datos fácticos.

## **2. Imputación del resultado sin causalidad material, natural, pero con situación jurídicamente equivalente a la causación mediante actividad**

Esto significa que la creación o, más frecuentemente, aumento de peligro por la propia omisión desde un punto de vista normativo, social o jurídico, ciertamente no es causación del resultado en sentido material, naturalístico, la cual requiere la modificación del mundo externo en estado pacífico por una energía real, de origen natural o de una actividad humana, pero jurídicamente sí es una *situación exactamente equivalente a la*

---

<sup>274</sup> Así lo he destacado en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/105; Libt 6 2017, 237 s.; RDP 2017-2, 166; ForFICP 2021-3, (33 ss.), 60-62. En el mismo sentido ROSO, Cap. 19 en LUZÓN PEÑA (DIR.)/ROSO (COORD.), DP Casos PG, 2018, 337 y n. 7 (citando mis Leccs PG, 3.ª, 2016, 31/104 s.), quien me dice que había llegado por su lado a la misma conclusión.

<sup>275</sup> También ROSO, ForFICP 2017-1, 242 s.; LH-Luzón, 2020, 1032, coincide con mi propuesta de entender la creación o aumento del peligro por su descontrolamiento como criterio normativo de imputación objetiva.

*causalidad estricta* (algunos la consideran por ello “causa” en sentido jurídico) y por ello permite la imputación jurídica, la imputación objetiva del resultado a esa omisión.

### 3. La perspectiva normativa, jurídica o socio-normativa, como justificación de la afirmación de creación o aumento del riesgo por una omisión

#### a) *Descontrolamiento o desencadenamiento del peligro ante un control fáctico o ante un juicio normativo de seguridad de control por el garante*

Como hemos visto (*supra* V.B.2. a), dado que algunos objetan a mi criterio que ninguna omisión causa ni crea el peligro, porque la omisión es algo negativo: no realizar una acción debida<sup>276</sup>, o a la inversa, que en sentido social toda omisión crea o incrementa el peligro o riesgo<sup>277</sup>, hay que responder que efectivamente –contra lo que sostienen las posiciones afirmativas de la causalidad– en el plano natural entre la omisión y el resultado lesivo no hay causalidad real, pues ésta requiere la intervención de una energía natural o humana que modifique el estado de cosas (v. *supra* III.2. a, c), pero desde la perspectiva normativa, sea socio-normativa o incluso jurídica, sí se puede afirmar que hay supuestos en que la omisión misma es la que crea un peligro prácticamente inexistente o totalmente conjurado, es decir anulado mediante control del propio sujeto, o bien aquella en la que, habiendo un cierto grado de peligro, pero sometido a cierto control del garante, la omisión lo descontrola totalmente y hace que aumente ese peligro o riesgo. En efecto, hay riesgos existentes, pero controlados porque ocurre:

-O que **esos riesgos fácticamente están controlados**: v.gr. el equipo quirúrgico que lleva a cabo una operación no especialmente complicada o arriesgada controlando perfectamente todo su desarrollo e incidencias; la madre, padre o reemplazante de ellos que tienen a su cargo a un recién nacido y los alimentan correctamente; los pilotos de

---

<sup>276</sup> Así la crítica a mi posición en MIR, Adiciones a Jescheck, Tratado PG, 1981, 874: naturalísticamente ninguna omisión crea nada y por tanto tampoco puede crear peligro alguno, pero socialmente toda omisión sin la cual el resultado se habría evitado crea o aumenta el peligro, y parecen seguirle ZUGALDÍA, CPC 24 1984, 586 n. 46, y HUERTA, ADPCP 1985, 55 n.64. De modo menos matizado: BACIGALUPO, Principios, 5.ª 1998, 404: “en la medida en que las omisiones no son causales (doctrina absolutamente mayoritaria) es claro que no pueden crear ningún riesgo de lesión”; similar DÍEZ RIPOLLÉS, PG, 5.ª 2020, 154, 255, pero oponiéndose incluso a mi criterio del aumento del peligro desde el punto de vista sacionormativo: dado que el delito impropio de omisión no tiene como presupuesto la existencia de una relación de causalidad por “la conocida incapacidad de la omisión para causar resultados”, “de ahí que no proceda exigir que la omisión cree o incremente, ni siquiera en un sentido sacionormativo, el peligro de producción del resultado... como han sostenido... Luzón y Paredes”. Aquí estos autores, a diferencia de MIR y de mi propia posición, no distinguen entre el plano real de la causalidad y el plano normativo en el que también se puede afirmar una creación o aumento de peligro aunque no haya causación en el plano natural.

<sup>277</sup> Así también MIR, cit. en n. anterior; HUERTA, ADPCP 1985, 53-56.



aviones o helicópteros, que manejan un proceso peligroso por el riesgo de estrellarse por posibles incidencias o fallos del aparato o del pilotaje, pero que lo tienen bajo control en el desempeño de su función. Si en estos supuestos dichos garantes de repente voluntaria o inconscientemente soltaran de sus manos el curso de los acontecimientos y permitieran así una hemorragia del paciente o la caída del avión o la inanición del bebé, la propia omisión habría transformado en incontrolado un peligro hasta entonces plenamente controlado y por tanto conjurado, y por consiguiente habría creado el peligro, el riesgo del resultado. Aun así, ***si un peligro o riesgo está realmente controlado, ello casi siempre es en parte fácticamente así, pero en parte también es que se considera normativamente como controlado***: así en estos ejemplos, el equipo médico controla de hecho la operación (salvo emergencias inafrentables), pero también es porque social y jurídicamente se da por hecho que no van a dejar de hacerlo así durante toda la intervención, y exactamente lo mismo cabe decir del control de la situación del bebé por aquel de los padres o encargado que lo cuida<sup>278</sup> y del control del funcionamiento de la aeronave por el piloto o pilotos.

-O bien que normativa-socialmente o incluso jurídicamente **se da por seguro, se da por descontado, se da por hecho, se supone**<sup>279</sup> que los peligros o riesgos están

---

<sup>278</sup> Como ya he anticipado *supra* n. 229, había intuido este criterio LUZÓN DOMINGO, DP del TS, I, 1964, cuando, tras sostener en p. 52 que la omisión simple naturalísticamente no es causa, pero que en la comisión por omisión, al emplear la omisión como medio, ésta naturalísticamente sí es causa del resultado, como si la madre deja de alimentar al hijo, el cirujano deja sin ligar un vaso sanguíneo o el notario omite en un documento un dato esencial, añade en p. 53: “Y ello en esta clase de conductas, porque la omisión no se da aisladamente, sino en una concatenación de circunstancias *en cuyo encauzamiento tenía intervención* directa el sujeto, *cuyo curso normal*, y exigido por el derecho, desvía con la omisión que interrumpe la normalidad de su intervención; interrupción que significa precisamente ese algo positivo que físicamente origina el resultado, por permitir *el desencadenamiento* de las potencias energéticas que lo producen” (subrayados añadidos). Pero este autor atribuye a este criterio sentido físico, naturalístico y no normativo, y además no lo utiliza como criterio restrictivo dentro de la comisión por omisión, porque afirma que en ella siempre se causa el resultado.

<sup>279</sup> Todas esas fórmulas son las que he empleado en LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 84 ss.; EPen, 1991, 240 ss.; Lecc PG, 3.ª 2016, 31/83 ss., 107 ss.; GA 2016-5: FG-Roxin, 275 ss.; Libt 5 2016: LAm-Roxin 85, 83 ss.; ForFICP 2017-1, 219 ss.; Libt 6 2017, 216 ss., 237 ss.; RDP 2017-2, ss., 140 ss., 167 ss.; ForFICP 2021-3, (33 ss.), 59 ss., 64 ss.; Cierta similitud con estas fórmulas guarda el criterio del “aseguramiento” y deberes de aseguramiento que DOPICO, Omisión e injerencia en DP, 2006, 740 ss., 764 ss., utiliza para deslindar la comisión por omisión frente al criterio del salvamento y deberes de salvamento como característico de la omisión propia (por lo demás, influido por la concepción jakobsiana, sostiene –741-755– que el deber de aseguramiento corresponde a la gestión de la propia esfera y sus consecuencias en forma de gestión de peligros). Pero ese criterio no describe los presupuestos de las diversas situaciones de comisión por omisión de modo tan preciso y matizado como el que permite el criterio aquí defendido y que estoy desarrollando. Por otra parte, tras sostener (Omisión e injerencia, 2006, 866) que para la comisión por omisión en la infracción de deberes de protección “éstos deben interpretarse también a la luz del principio de gestión: en estos casos, sólo comete por omisión un delito de resultado el garante que gestiona la protección del bien jurídico”, DOPICO debilita su afirmación cuando después añade (867 s.) que el deber

controlados por el propio sujeto; e incluso a veces que están conjurados (prácticamente anulados, salvados<sup>280</sup>) totalmente. Si éste entonces omite seguir controlándolos, **normativamente –social y jurídicamente– se afirma que, aunque no causa materialmente el resultado lesivo, es precisamente su omisión la que descontrola, desencadena y por ello aumenta (crea nuevo, superior) riesgo o peligro.**

***b) Inexistencia de previo control por el garante***

Pero *sensu contrario*, y aquí despliega este criterio su efecto sumamente restrictivo de una excesiva amplitud de la omisión impropia, ello significa que **cuando normativamente (jurídica o socialmente) no se dé por hecho, por descontado, por seguro que el peligro está controlado** en general o al menos en particular frente a su amenaza a un concreto bien jurídico, **la omisión, por mucho que sea de un garante, no descontrola ni desencadena el peligro ni por tanto lo crea ni aumenta, sino que deja que el riesgo o peligro siga su curso natural que nunca estuvo controlado** y por consiguiente **no es comisión por omisión, sino sólo una omisión propia** (eso sí, agravada por ser omisión pura de garante)

***c) Blindaje o protección segura de un bien jurídico como forma de control del peligro para el concreto bien jurídico frente a simple protección***<sup>281</sup>

En el supuesto de un garante de protección de un bien jurídico: **blindar el bien jurídico, es decir protegerlo seguro frente a un eventual peligro o peligros** que puedan amenazarlo también puede ser **una forma de controlar el peligro o riesgo no erga omnes**, frente a todos los posibles bienes jurídicos y víctimas, **pero sí de controlar, intentar anular los efectos del peligro frente a un concreto bien jurídico**. Por eso, si por el modo muy específico y seguro de protección del bien jurídico desempeñado por ese garante se puede decir que ha blindado el bien jurídico frente a un eventual peligro o peligros, es decir ***si normativamente se da por hecho o por descontado que el bien***

---

de salvamento también se fundamenta en “la responsabilidad por la gestión de la propia esfera y sus consecuencias” (aunque en forma de revocación de peligros y no forma parte de la propia prohibición de lesionar, sino que el deber de salvamento es un deber derivado).

<sup>280</sup> Aquí “salvados” se utiliza en la 2.ª acepción de salvar como evitar: “evitar un inconveniente, impedimento, dificultad o riesgo”, evidentemente no en la 1.ª acepción de librar de un riesgo o peligro, poner en seguro, porque en este sentido los salvados serían los bienes jurídicos.

<sup>281</sup> Este criterio del blindaje o protección segura y no simple protección lo he anticipado en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/109 s., 117-121, 137, 144; GA 2016-5: FG-Roxin, 280 s.; Libt 5 2016: LAm-Roxin 85, 92-94; ForFICP 2017-1, 228, 230-232; Libt 6 2017, 240 s., 246-249, 259 s.; RDP 2017-2, 170 s., 176-180, 191-193; ForFICP 2021-3, 65, 70, 72-74, 84-86, 89.

*jurídico está seguro, blindado por el garante* frente a los posibles peligros o riesgos, entonces *normativamente también se puede afirmar que la omisión dolosa o imprudente que de pronto realice ese garante descontrola y hace aumentar el riesgo o peligro frente a ese bien jurídico* y habrá **comisión por omisión**. Para una fundamentación adicional por el efecto que ese blindaje produce de excluir buscar a otros posibles protectores v. *infra* VI.3. h2b'. Por el contrario, si la existencia de un garante brinda *una cierta protección a un bien jurídico, pero éste normativamente* –social o incluso jurídicamente– *no se considera totalmente a cubierto, blindado por el garante, entonces la omisión de éste no descontrola ni por tanto aumenta el peligro frente a ese bien jurídico* y el sujeto **no realiza comisión por omisión**, sino sólo una omisión propia agravada por ser garante.

d) *El control o protección seguros evitan que se recurra a otro posible control o protección*<sup>282</sup>

Por cierto, hay que señalar que *seguramente en la mayoría de los casos* si fácticamente o al menos normativamente se da por hecho, por descontado, que el riesgo o peligro está controlado, de modo general o frente a un bien jurídico, por el garante, con ello y por ello *ese garante controlador evita o impide que se recurra a otros posibles controladores o protectores*<sup>283</sup> (sobre cuándo es así y cuándo no en los garantes de protección v. *infra* VI.3. h2b'), con lo que si el garante de pronto omite cumplir su función y descontrola, el peligro es por supuesto mayor que uno controlado, pero será incluso mayor de lo que sería si se hubiera recurrido a otros posibles controladores, lo que no se ha hecho por contarse con él.

---

<sup>282</sup> Este criterio lo he anticipado y aplicado en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.<sup>a</sup> 2016, 31/110, 120-122, 137, 139, 143; GA 2016-5: FG-Roxin, 281 s.; Libt 5 2016: LAm-Roxin 85, 92-94; ForFICP 2017-1, 229-231; Libt 6 2017, 241, 246-250, 260 s., 263; RDP 2017-2, 171, 178-182, 193 s., 197; ForFICP 2021-3, 65 s., 72-75, 85-87, 89.

<sup>283</sup> Ya BINDING, Die Normen II, 1, 2.<sup>a</sup> 1914, 525 ss., señaló que la asunción de funciones de protección o control (encuadrable en el principio de la ingerencia) presenta una doble faz: por una parte mejora la situación del bien jurídico, pero por otra parte la empeora al provocar la confianza y consiguiente abandono del afectado y de terceros y por ello aumenta la vulnerabilidad de la víctima: lo destacan p.ej. BLEI, FS-H. Mayer, 1966, 124 ss.; STREE, FS-H. Mayer, 1966, 155 ss.; SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 349 n. 95 = Fundamento, 2009, 399 n. 98; SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fund., 1997, 68 = en Cobo (dir.), Coment CP I, 1999, 463, [citando en ambos lugares a Binding, pero sin indicar la obra y pp.]. Pero mi postura exige más, no basta que haya una posición de control o de protección, sino que tiene que darse por hecho o por descontado que el riesgo está controlado o que el bien está seguro, para que ello provoque auténtica desprotección por terceros.

e) *Valoración desde normas jurídicas o normas sociales*

Se debe partir de del criterio normativo, social o jurídico, de cuándo se da por totalmente seguro, por descontado que el riesgo estaba controlado y no era jurídicamente relevante o preocupante. Es una *cuestión de interpretación a veces de las propias normas jurídicas* que imponen deberes y funciones de evitación y consideran prácticamente seguro que van a ser cumplidos, *otras veces de los usos y convicciones (normas) sociales* que dan igualmente por seguro el eficaz cumplimiento de la función controladora o protectora plasmada en un deber jurídico; y en ese caso hay que considerar que *también la norma jurídica secunda la convicción de las normas sociales*. Pero obviamente ese juicio normativo se basa en circunstancias y datos fácticos. Ejs.: la propia norma jurídica da por seguro –dentro de lo técnica y humanamente posible– el control del riesgo por los controladores aéreos, pilotos aéreos, encargados del funcionamiento seguro del servicio ferroviario, guardaagujas, guardabarreras, si cumplen su función conforme a las normas y patrones de la correspondiente actividad o profesión; o el pleno control de riesgos de desnutrición, frío etc. para un recién nacido si está con su madre o en su defecto con el padre. Es una creencia socio-normativa de seguridad: si no se considerara que ya hay control fáctico del posible riesgo, en todo caso hay esa creencia socio-normativa en la seguridad en que la madre o persona que la reemplace alimentará al bebé recién nacido y no provocará su desnutrición con lesiones o llegando a la muerte. Y lo mismo ocurre en todos los casos citados de cumplimiento de la función profesional normal.

f) *La base del juicio normativo de seguridad del control: el efectivo desempeño del mismo por la gran mayoría de garantes en esa situación*<sup>284</sup>

¿Y cuándo se da normativamente, social o jurídicamente, por descontado o por hecho que el peligro o riesgo está perfectamente (dentro de lo humanamente posible) bajo control del garante? Pues cuando en la gran mayoría o la inmensa mayoría de supuestos como ese los garantes efectivamente desempeñan o ejercen eficazmente y no dejan de cumplir su misión y deber de controlar el riesgo en general o en particular frente a bienes jurídicos de alguien concreto; entonces socio-normativamente se da por

---

<sup>284</sup> Este criterio lo he anticipado y aplicado en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/110, 120-122, 137, 139, 143; GA 2016-5: FG-Roxin, 281 s.; Libt 5 2016: LAm-Roxin 85, 92-94; ForFICP 2017-1, 229-231; Libt 6 2017, 241, 246-250, 260 s., 263; RDP 2017-2, 171, 178-182, 193 s., 197; ForFICP 2021-3, 65 s., 72-75, 85-87, 89.

hecho, por descontado que el garante está controlando el peligro (general o particular)<sup>285</sup>, de modo que si sorpresivamente no lo hace, por dolo o por imprudencia, su omisión está descontrolando el peligro que se consideraba bajo control y por ello aumentando decisivamente el grado de peligro. Así sucede p. ej. en el cumplimiento de funciones profesionales normales, o de contratos muy específicos con un encargo concreto, o de funciones muy específicas de protección o control voluntariamente asumidas, como p.ej. en los supuestos en que normativamente, incluso jurídicamente se da por supuesto y por hecho el control del riesgo por controladores aéreos, pilotos de aeronaves, guardaagujas, guardabarreras, interventores o controladores de cuentas respecto del empleo de fondos públicos<sup>286</sup>; o en la protección de bebés y niños pequeños por el instinto de conservación de la especie humana en el caso de los padres; para más ejemplos v. *infra* VI.4. a-b.

En cambio, hay muchos otros **supuestos en que los obligados a actuar por deberes de garante no siempre lo cumplen o no lo cumplen bien o plenamente**, sino que a) con cierta frecuencia infringen su deber, o b) aunque sí intentan cumplir su deber, con cierta frecuencia ocurre que no pueden cumplirlo con plena eficacia. *Ejemplos de a)*: muchas veces no cumplen su deber de protección de un bien jurídico frente a posibles peligros determinados parientes como los hijos con sus padres ancianos o los cónyuges que se llevan mal, los participantes en una comunidad de peligro, montañistas, compañeros de pesca submarina, periodistas corresponsales de guerra etc. (pero no es

---

<sup>285</sup> Como ya he expuesto en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 31/112 n. 44; ForFICP 2021-3, 67 n. 81, ciertamente a estas afirmaciones y a las del párrafo sig. se les puede objetar que es discutible basar un criterio normativo en datos estadísticos; y cabría añadir como crítica que por ello la solución de estos supuestos puede resultar en buena medida aleatoria, arbitraria y no fundamentada axiológicamente. Pero, en primer lugar, el juicio normativo aquí defendido sobre la creación o aumento del peligro por la omisión misma se basa precisamente en que las normas y valoraciones, casi siempre primariamente sociales, den por hecho, por seguro o por descontado que el garante controla el riesgo o peligro, y ello sólo puede afirmarse precisamente cuando se sabe que en la inmensa mayoría de los casos así sucede. El que una valoración normativa se fundamente en circunstancias fácticas u ónticas que presentan determinadas características, es algo lícito y habitual en el mundo jurídico y en las interpretaciones de las normas; y en particular muchas categorías jurídicopenales reposan precisamente sobre datos estadísticos: así conceptos como la adecuación en la imputación objetiva, el peligro o peligrosidad de la conducta en los delitos de peligro abstracto o en la tentativa idónea/inidónea, o la base de la teoría de la probabilidad en el dolo eventual. Pero además, en segundo lugar no son puramente aleatorias las situaciones en las que la gran mayoría de los garantes desempeñan y eficazmente su misión de controlar el peligro en general o frente a un bien jurídico, ni es una cuestión puramente fáctica y que pueda ser cambiante en los casos concretos: pues como expongo detalladamente en los apartados siguientes, hay peculiaridades de los grupos de casos, de base fáctica pero con sus repercusiones axiológicas, que explican y precisan mejor cuándo y por qué se producen esas situaciones que permiten dar por hecho o prácticamente por seguro el control del peligro por el garante.

<sup>286</sup> Aquí me refiero obviamente a países en que no hay una corrupción extendida también entre los funcionarios de los organismos públicos de control de cuentas o actividad económica en las administraciones.

igual el guía alpino jefe de la expedición que el resto de montañeros compañeros de cordada: los participantes se confían plenamente al primero, no a los otros; y distinto es el caso de oficial, suboficial o soldados en caso de acción bélica: no se dan esas circunstancias vistas en el montañismo, ya que los soldados no buscan y eligen voluntariamente a su jefe confiándose a él), y menos en una comunidad de vida o convivencia, o funcionarios legalmente obligados por su cargo a proteger, como p. ej. funcionarios de prisiones; o incumplen frecuentemente su deber de control del peligro muchos ingerentes que perdieron el control del mismo al provocar el accidente, o los obligados a vigilar y prevenir en empresas o instituciones posibles actuaciones delictivas de otros, incluso los de empresas auditoras (no es el caso de interventores o controladores de cuentas de organismos públicos, que suelen cumplir en su inmensa mayoría su deber). *Ejemplos de b):* p.ej. los vigilantes o salvavidas en playas y piscinas tienen una misión de protección muy específica si algún bañista sufre peligro de ahogarse y normalmente la cumplen, pero no se puede dar por descontado que siempre o en la gran mayoría de casos lo harán con plena eficacia; los bomberos suelen acudir con bastante presteza ante los avisos de emergencias, como incendios o inundaciones, pero no siempre llegan con toda la celeridad deseable. **Entonces** naturalmente, ***ni el Derecho ni la sociedad parten de la base de que es seguro que el garante va a actuar o que va a actuar con éxito y por tanto no se puede considerar controlado el peligro*** por éste; por ello su omisión no descontrola un peligro controlado y no equivaldrá a causar *ex novo* o aumentar activamente un peligro que produce el resultado lesivo, sino que será una mera omisión propia agravada (a veces tipificada expresamente como delito, pero a veces no, y en las omisiones tipificadas algunas prevén agravación para el garante, pero la mayoría no).

***g) Equiparación legal en la Parte especial de alguna omisión de garante a la comisión activa precisamente por falta de seguridad de que el garante cumpla su función***

Por cierto, que ***en algunos casos en que no hay total seguridad ni se da siempre por descontado que un garante va a cumplir su deber*** de protección o de control y por ello, aplicando el criterio general, no habría comisión por omisión sino sólo una omisión propia agravada por ser garante su autor, ***sin embargo la norma considera que en un determinado supuesto la omisión del garante es igual en gravedad a la comisión activa, y por ello la ley decide equiparar en pena en el precepto de la parte especial la omisión de ese garante en evitar un resultado a la causación activa*** del resultado; y lo tiene que



hacer expresamente precisamente porque no da por seguro o por hecho que el garante vaya a cumplir prácticamente siempre su función: Así sucede de modo paradigmático en los delitos de torturas o contra la integridad moral cometidos por autoridades o funcionarios contra detenidos o presos, donde, tras castigar el art. 174 y 175 la comisión activa de los hechos, el art. 176 castiga con las mismas penas de los artículos precedentes “a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos”: v. *supra* I.2. b 2, III.6, *infra* VI.4. b5. Exactamente lo mismo hace el § 225 n.º 4 I StGB: v. *supra* I.2. b 2, n. 18.

***h) Aplicación de algunos criterios adicionales para concretar el criterio aquí mantenido***

Pues bien, creo que es posible *aplicar a esta perspectiva*, para concretar del todo cuándo con la omisión de función se provoca un riesgo prácticamente inexistente o se descontrola un riesgo controlado y por ello se crea o aumenta el peligro, *los criterios de SCHÜNEMANN pero del modo más estricto* y consecuente (h.1: en garantes de control), y *algún otro criterio conexo* (h.2: en garantes de protección). Ellos nos permiten concretar aún más mis baremos:

***1) En garantes de control: dominio o control real sobre el peligro***<sup>287</sup>

a’) En los casos de posición de garante con *función de control del peligro*, comenzando por los *peligros de origen no humano-responsable* (como objetos, procesos, instalaciones, fuerzas naturales), sólo habrá **equivalencia** cuando normativamente se pueda dar por hecho que de verdad hay un **real (no sólo potencial) control o dominio del garante sobre el** fundamento u origen del resultado, que es el *peligro* (posiblemente para múltiples bienes jurídicos y sujetos) proveniente de factores externos (naturales o humanos no responsables) y el garante de pronto deja de ejercer ese dominio, cuando el garante de verdad dominaba o, mejor, controlaba el peligro y de pronto lo descontrola, dolosa o imprudentemente, aumentándolo así a un peligro típicamente relevante. Basten de momento sólo algunos ejemplos: así sucede con los encargados del normal funcionamiento y seguridad del tráfico ferroviario o con los controladores aéreos en el desempeño de sus funciones (*infra* VI.4. a se desarrolla con

---

<sup>287</sup> Este criterio lo he anticipado y aplicado en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/110, 120-122, 137, 139, 143; GA 2016-5: FG-Roxin, 281 s.; Libt 5 2016: LAm-Roxin 85, 92-94; ForFICP 2017-1, 229-231; Libt 6 2017, 241, 246-250, 260 s., 263; RDP 2017-2, 171, 178-182, 193 s., 197; ForFICP 2021-3, 65 s., 72-75, 85-87, 89.

más ej.). Sin embargo, **no habrá equivalencia** ni por tanto comisión por omisión cuando normativamente únicamente se pueda afirmar que hay **sólo control o dominio potencial, pero no real**: así si el dueño de una casa no repara el estado relativamente malo del tejado y la caída de una teja provocada por el viento lesiona a un transeúnte<sup>288</sup>; pues en este caso no se puede dar por seguro que el propietario realmente está ejerciendo o va a ejercer el control sobre el estado del tejado: v. para una argumentación más amplia *infra* VI.4. a1e’.

b’) Si se trata de deberes de garante de **vigilancia y control de peligros provenientes de una actividad humana ajena, concretamente de la posible comisión de delitos por otros**, los únicos que tienen el dominio del hecho y pueden ser autores son los terceros, y no el garante. Por ello, en caso de que normativamente se pudiera dar por seguro que el garante iba a ejercer su control (p. ej. que, si dentro de un programa de “*compliance*” el encargado de la supervisión y vigilancia de la legalidad de las operaciones en una empresa detecta graves irregularidades en un departamento, lo va denunciar) y por ello afirmar **que su omisión crea o aumenta un peligro, será un peligro de favorecimiento, o sea de participación, no de autoría del delito ajeno** (salvo que una regulación legal específica cree para los encargados del *compliance* una responsabilidad especial como autores): v. ampliamente *infra* VI.4. a3, VI.5. Y lo mismo rige para los garantes de vigilancia o supervisión pero con función de protección de bienes jurídicos, no de control de peligros concretos: *infra* VI.3. h2b’.

## 2) **En garantes de protección: desvalimiento y vulnerabilidad total<sup>289</sup> o blindaje**

En los *garantes con función de protección de un bien jurídico frente a alguno o múltiples peligros externos*. A mi juicio caben dos alternativas (a’ y b’): total desvalimiento y vulnerabilidad o blindaje seguro del bien jurídico.

---

<sup>288</sup> En cambio SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 284, afirma que en ese caso el poseedor de la casa tiene el dominio sobre el tejado en mal estado, pese a haber exigido antes que el dominio sobre la fuente del peligro sea real y no sólo potencial.

<sup>289</sup> Este criterio del total desvalimiento o vulnerabilidad del sujeto pasivo lo he anticipado en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/117-120, 135 s., 138, 142, 145; GA 2016-5: FG-Roxin, 281-283; Libt 5 2016: LAm-Roxin 85, 91 s.; ForFICP 2017-1, 228-231; Libt 6 2017, 219, 228, 246-248, 259 s., 263 s.; RDP 2017-2, 144, 156, 176-180, 191-194, 196-198; ForFICP 2021-3, 70-73, 84 s., 86, 88-90.

*a') Vulnerabilidad o desvalimiento total del sujeto pasivo como base de la seguridad normativa en su protección. No comisión por omisión como regla si sólo hay desvalimiento parcial*

Como primera alternativa, se debe aplicar también el criterio del control (SCHÜNEMANN dice dominio) sobre el especial desvalimiento o desprotección, o vulnerabilidad, del bien jurídico<sup>290</sup>. Y aplicarlo estricta y restrictivamente. No basta como regla que haya una desprotección simple y por eso el titular del bien jurídico (o si es menor o incapaz, fáctica o jurídicamente, alguien o la norma por él) recurra a un garante protector (aunque, como sabemos, con esto se conforma la doc. dom.). Tampoco basta, aunque pudiera parecer suficiente, que el titular del bien jurídico, al tener ya un garante protector (un vigilante en la playa o piscina, un guarda en la urbanización o el condominio privado, un guía de montaña etc.), no recurra a otros medios humanos o materiales de protección, con lo que, si el garante falla, aumenta la desprotección y por ello el nivel de riesgo, que se supone que el garante afrontará llegado el caso (desvalimiento o desamparo simple y parcial). Es preciso, en esta primera alternativa, **un total desvalimiento y vulnerabilidad del bien jurídico que por eso depende totalmente de la protección y blindaje que le presta el garante frente a eventuales peligros** o riesgos que se puedan presentar: ¿por qué?, porque *en ese caso normativamente* (social o incluso jurídicamente) *se da por descontado que ese bien jurídico tan totalmente o casi totalmente vulnerable, desamparado e indefenso y tan dependiente de la protección del garante está a cubierto, seguro, blindado por éste* (dentro de lo que el garante está en condiciones de hacer) frente a un eventual peligro o peligros que se puedan presentar. Así p. ej. será la situación de un enfermo gravísimo en la UCI de un hospital respecto del personal médico y sanitario responsable de su cuidado, o la de un recién nacido o incluso un niño pequeño respecto de sus padres, etc. (para más ej. v. *infra* VI.4. b1 y b3, párr. 4.º). Por tanto, normativamente (o incluso a veces ya fácticamente) en tales supuestos sí se puede afirmar que la omisión por el garante de prestar ese blindaje que se daba por seguro aumenta o incluso crea el peligro de resultado lesivo.

A la inversa ello significa que como regla (la excepción a continuación en b') **no habrá comisión por omisión si** no actúa, o no actúa eficazmente, un garante protector

---

<sup>290</sup> También ROSO, ForFICP 2017-1, 243, coincide con mi propuesta de entender la creación o aumento del peligro como criterio normativo de imputación objetiva y con el criterio de SCHÜNEMANN y mío del desvalimiento.

(contratado, institucional o que asume por propia iniciativa la función de proteger) **respecto de bienes jurídicos de una persona sólo parcialmente vulnerable y desvalida**, que por tanto aunque con dificultades puede protegerse por sí misma o mediante otros; la presencia del garante supone ciertamente una cierta protección para los bienes jurídicos, pero no representa un blindaje o protección segura y completa frente a peligros, porque los bienes jurídicos de la persona sólo parcialmente desvalida pueden ser también protegidos por ésta sin depender absolutamente del garante; y por ello no se da por hecho que el garante los va a proteger plenamente en todo caso, de modo que su omisión dolosa o imprudente al surgir un peligro no lo crea ni aumenta y por tanto es **sólo una omisión propia de garante**. Para ejs. v. *infra* VI.4. b1 párr. 2.º.

***b') Excepción: comisión por omisión pese a un desvalimiento sólo parcial si un protector específico ofrece un blindaje seguro y por ello se renuncia a otras posibles protecciones***

Como segunda alternativa, también cabe afirmar que había blindaje del bien jurídico frente a algún potencial o probable peligro amenazante ***si, aunque la víctima no está totalmente desvalida o indefensa por sí misma***, sino que puede utilizar en alguna medida medios propios de protección, un tanto insuficientes o no seguros, no obstante *la existencia de un garante protector específico muy eficaz y fiable* (por compromiso o por deber legal o institucional) que supone **un blindaje seguro**<sup>291</sup> (v. *supra* VI.3. c, h2a') hace que el *titular del bien jurídico o terceros (particulares u organismos) preocupados por él renuncien a buscar la protección o blindaje seguro por otros terceros, precisamente porque –y sólo en la medida en que– ya consideran totalmente asegurado el bien jurídico frente al eventual peligro*; ello significa que el sujeto tiene en principio seguro y blindado su bien jurídico por el garante, pero precisamente sólo en la medida en que este cumpla su función, porque si no lo hace, ahora ya no cuenta con la protección sustitutiva o cumulativa de otros terceros que habría hecho frente con igual eficacia al peligro que se presentara y que habría sido buscada para no depender sólo de los insuficientes medios propios en caso de no considerarse segura la protección ofrecida por el garante presente, y que no se ha buscado precisamente porque se consideraba segura y plena su protección. Entonces el desblindamiento significa aumentar de golpe el nivel de

---

<sup>291</sup> También ROSO, ForFICP 2017-1, 243, coincide, dentro de mi propuesta de entender la creación o aumento del peligro como criterio normativo de imputación objetiva, especialmente con mi criterio del blindaje.

desprotección al haberse excluido la de otros posibles protectores, y por ello aumentar y descontrolar de pronto decisivamente el peligro que pueda atacar a ese bien jurídico: equivale a los casos de interrupción o frustración activa de cursos causales salvadores ajenos, que es delito comisivo según opinión dom.<sup>292</sup> que comparto<sup>293</sup>. Así p. ej. sucede con el guarda o vigilante de seguridad nocturno de un establecimiento o local, que cuenta además con sistema de alarma conectada a la policía, si incumpliendo su función, que se da por seguro que desempeña, no hace nada ante la entrada de unos ladrones en el local, y por ello crea riesgo, en este caso no de realizar el tipo, sino de cooperación: de facilitar la realización del tipo del tobo a los ladrones. Dicho criterio se puede aplicar también a los directores de banco que asesoran habitualmente a clientes en sus inversiones en productos financieros, fondos de pensiones, compraventas de acciones etc., si en un caso no les advierten sino que les ocultan riesgos de una operación y hay por ello estafa en comisión por omisión. Los clientes parten con razón de la base de que ese director los va a proteger de riesgos excesivos o vicios ocultos de una operación como hace siempre, y como suelen hacer habitualmente los directores de bancos; por tanto, si de pronto en una ocasión ocultan vicios o riesgos tremendos y ello hace confiar al cliente en suscribir una operación segura, están desprotegiendo de golpe a un cliente que se podía considerar blindado o seguro frente a riesgos patrimoniales. Ello será tanto más evidente cuanto menor sea el nivel de conocimientos económicos del cliente, pues en ese caso podría aceptarse una situación de total vulnerabilidad y desamparo suyo, que se sumaría a la función de protección muy específica del director del banco.

Pero a la inversa ello significa que *no habrá comisión por omisión si* no actúa, o no actúa a tiempo y eficazmente, un garante protector (contratado, institucional o que asume por propia iniciativa la función de proteger), cuya presencia supone ciertamente *una cierta protección* para los bienes jurídicos, *pero no representa un blindaje o protección segura y completa frente a peligros*, p. ej. la presencia de algún vigilante salvavidas en la playa frente al riesgo de ahogarse o la existencia de un parque de bomberos en otro barrio del municipio que pudieran hacer frente a los peligros de un

---

<sup>292</sup> Con diversas fundamentaciones: así p.ej. ENGISCH, Die Kausalität, 1931, 28; siguiéndole RUDOLPHI, SK, 4.<sup>a</sup> 1984, antes del § 1/43; RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro, 1966, 293 ss.; KAHRS, Das Vermeidbarkeitsprinzip, 1968, 217; PHILIPPS, Der Handlungsspielraum, 1974, 120; SAMSON, FS-Welzels-FS, 1974, 579 ss.; ROXIN, Problemas bás. del DP (trad. Luzón Peña), 1976, 228, 236; SCHMIDHÄUSER, AT, 1982, 98 s.; SILVA, El delito de omisión, 1986, 229 ss.; RUDOLPHI, SK StGB, 7.<sup>a</sup>, 2000, antes del § 13/47; BAUMANN/WEBER, AT, 11.<sup>a</sup> 2003, § 15 31.

<sup>293</sup> V. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.<sup>a</sup> 2016, 31/174, 176 ss.

incendio ya comenzado. En tal caso, si la posible víctima o víctimas no acuden a otros garantes para completar y tener una protección totalmente eficaz, es que *se conforman con una protección parcial, así que la presencia del primer protector no ha excluido la posibilidad de que se recurriera a otros*. Por tanto, puesto que en caso de producirse un riesgo no se da socio-normativamente por hecho que los bienes jurídicos están totalmente seguros y blindados frente al peligro, éste no se da por controlado frente a ese bien o bienes –en los ejemplos citados no se da por seguro que el salvavidas de la playa va a salvar a tiempo al bañista que se empieza a ahogar o a ser arrastrado mar adentro por la corriente, o que los bomberos podrán llegar a tiempo y salvar de sufrir lesiones o la muerte a personas apresadas en el incendio del edificio–, no comete dolosa o imprudentemente por omisión homicidio o lesiones graves ese garante protector que no actúa dolosa o imprudentemente: el vigilante de la playa que no se lanza a tiempo a salvar al bañista que se ahoga o el personal de bomberos que pudiendo no llega a tiempo para salvar a alguna persona atrapada en el incendio; esos sujetos responderán en caso de dolo por omisión de socorro, que debería estar legalmente agravada por tratarse de garantes (sobre los posibles sistemas de agravación v. *infra* VII), además de incurrir en responsabilidad disciplinaria.

*i) Al excluirse otros posibles controles o protecciones: ¿empeoramiento del riesgo por la existencia de un garante seguro o por el incumplimiento de su función?*

SCHÜNEMANN, refiriéndose a los casos que considera de dominio sobre un desvalimiento, desamparo o vulnerabilidad parcial de la víctima bien por haber un acto de someter a la misma al dominio del garante o bien por un acto de disposición y confianza de la posible víctima hacia su protector, mantiene que en todos esos casos, para que se pueda afirmar su criterio del dominio sobre el fundamento del resultado, la asunción de su posición por el garante protector ha de influir y modificar la situación de vulnerabilidad y desamparo de la víctima, en el sentido de aumentarla o incrementarla<sup>294</sup>, y concluye respecto de dicha modificación de la estructura del desamparo: “si se quiere,

---

<sup>294</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 349-354 (Fundamento, 2009, 398-404): Concretamente, dicha asunción de la posición de garante afirma que “ha de... ser modificadora de la vulnerabilidad” de la víctima e “influir en su situación, en su desamparo” (1971, 351; 2009, 400), ha de haber “una modificación de la situación de desamparo” (1971, 351, 354; 2009, 400, 403), “una efectiva modificación de la situación de vulnerabilidad” (1971, 352; 2009, 402), “una modificación de la estructura de desamparo” (1971, 351; 2009, 401); “aún ha de añadirse siempre un aumento del desamparo”, que “incrementara la vulnerabilidad de la víctima” (1971, 349; 2009, 398 s.).



se puede emplear al respecto el término del ‘aumento o incremento del peligro’ ”<sup>295</sup>; y explica que ello es así porque el acto de asunción normalmente hará abstenerse al sujeto parcialmente desamparado de recurrir a otras precauciones de protección, u otras veces le hará abstenerse de intentar salvarse él mismo<sup>296</sup>. Pero, aunque esto ciertamente se parece a la posición defendida por mí, como diferencia, y sustancial, hay que destacar lo siguiente: *la conducta anterior del garante que asume una función de protección segura por sí misma no aumenta el peligro o riesgo en el que se encuentra el bien jurídico, sino que en principio el contar con esa protección que se da por hecho que es segura y que se va a efectuar, si de verdad se cumple, es al revés: disminuye el peligro para el bien jurídico aunque su titular no acuda a otros protectores o a medidas propias* (recuérdese el doble efecto paradójico destacado por BINDING: v. *supra* VI.3. d, n. 283). Por tanto, *es la omisión*, el incumplimiento de ese garante protector *lo que aumenta decisivamente el peligro para ese bien jurídico que podría haberse aminorado acudiendo a otras protecciones* alternativas. Por ello mi criterio insiste siempre en que en la comisión por omisión es la misma omisión del garante la que aumenta un peligro o riesgo que se suponía controlado.

#### **4. Aplicación del criterio de equivalencia defendido (la omisión normativamente crea un peligro relevante o aumenta al descontrolarlo un peligro controlado) a los diversos supuestos de posiciones de garante en casos de autoría por dominio o determinación objetiva del hecho**

Respecto de los diversos supuestos que a continuación se examinan remito a lo tratado *supra* IV.2.-6. sobre si tales posiciones de garante realmente son jurídicamente tales, es decir si se basan o no en un deber jurídico especial de evitar el resultado. Ahora sólo queda examinar brevemente si las omisiones correspondientes cumplen o no el criterio de equivalencia con la comisión activa<sup>297</sup>.

Vamos a tratar en primer lugar los supuestos base en que el omitente garante sin duda es **autor**, de una omisión impropia o sólo propia: o bien porque ante una situación

---

<sup>295</sup> SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 351 (Fundamento, 2009, 401).

<sup>296</sup> Así SCHÜNEMANN, Grund u. Grenzen, 1971, 350, 351 (Fundamento, 2009, 399 s.); en 1971, 353 (2009, 402 s.), añade el ejemplo de que el acto de confianza del paciente en el médico que le atiende le haga abstenerse de acudir a otros médicos de servicio.

<sup>297</sup> Remito *supra* a la n. 232 para una enumeración de los ejemplos de comisión por omisión en autoría o en participación frente a los de omisiones propias de garante que, aplicando ya este criterio en su enunciado básico, traté en mis trabajos de los años 70 y 80 cits. en la nota 225.

de peligro o de necesidad de prestación positiva actúa (omisivamente) solo y controla el hecho (lo domina o en caso de imprudencia lo determina objetivamente), sin que intervengan otras personas que puedan ser consideradas autores por tener preferentemente el dominio del hecho, p.ej. ya por obrar activamente, o bien es autor por tener el dominio del hecho compartido con otro garante coautor, o porque con su omisión creadora de riesgo domina el hecho a través de un sujeto irresponsable, p. ej. un menor, que actúa como instrumento: v. *supra* III.7. a, b1, c, V.C.2. a, párr. 3.º. En tales casos el omitente garante es autor, ya se verá si de omisión impropia o de omisión propia agravada, porque en todo caso con su conducta domina si tiene dolo o como mínimo determina objetivamente su hecho omisivo, o, si hay equivalencia y se trata por tanto de comisión por omisión, domina o determina objetivamente, conjuntamente con el acontecer natural, el hecho comisivo productor del resultado<sup>298</sup>.

---

<sup>298</sup> Admiten también el dominio del hecho en los delitos omisivos como criterio de autoría, entre otros, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, 377 s., *passim* = *Fundamento y límites*, 2009, 428 s., *passim*; GÖSSEL, *ZStW* 96 1984, 321 ss.; SOWADA, *Jura* 1986, 399 ss.; MAURACH/GÖSSEL, *AT* 2, 7.ª/8.ª 1989/2014 [PG 2, 1995], § 49/87; SCHWAB, *Täterschaft u. Teilnahme beim Unterlassungen*, 1996, 208 ss.; BRAMSEN, *NStZ* 2000, 337 ss.; KÖHLER, *Beteiligung und Unterlassen*, 2000, 68; HOFFMANN-HOLLAND, *ZStW* 118 2006, 620; MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009, 159 ss.; RANSIEK, *JuS* 2010, 678 ss., 680; RENGIER, *JuS* 2010, 284; *AT*, 12.ª 2020, § 51/18-21; WESSELS/BEULKE, *AT*, 40.ª 2010, nm. 734; MAURACH/GÖSSEL/RENZIKOWSKI, *AT* 2, 8.ª 2014, § 49/87; SATZGER, *Jura* 2015, 1055; yo mismo en LUZÓN PEÑA, *Lecc PG*, 3.ª 2016, 31/32 ss, 34, 97, 124 s., 147 ss.; *Libt* 6 2017, 179 ss., 235, 250 ss., 265 ss.; *RDP* 2017-2, 94 ss., 164 ss., 182 ss., 199 ss.; y con fundamentación más detallada en *ForFICP* 2021-3, (33 ss.) 52 ss.; HILLENKAMP/CORNELIUS, *32 Probleme AT*, 15.ª 2017, 170; JOECKS, *MK*, 3.ª 2017, § 25/270; STEIN, *SK*, 9.ª 2017, antes del § 13/54; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 50.ª 2020, nm. 1211. (Aunque algunos de estos autores limitan ese dominio a un dominio potencial del hecho: v. *infra* n. 300.)

Frente a este planteamiento afirmando que en el delito omisivo, y concretamente tb. en el omisivo impropio, puede haber autoría por dominio del hecho, o al menos determinación objetiva del hecho en caso de imprudencia, o por el contrario haber solamente participación si el omitente no domina o determina, sino que sólo favorece el hecho dominado o determinado objetivamente por otro, una concepción muy extendida, aunque no dominante, la de toda omisión impropia como delitos de infracción de deber (posición con muchos partidarios: v. algunos *supra* n. 125, pero no doc. dom., por haber muchos defensores de otras posiciones: v. los del dominio del hecho *supra* en esta misma n. y los de la distinción de deberes en n. 123), considera que en el delito omisivo impropio no se puede hablar de dominio del hecho y distinguirlo así del mero favorecimiento o participación (p. ej. el trabajo, específica y expresamente en contra de mi posición, de LÓPEZ WARRINER, *La calidad de intervención en la omisión. Una crítica al pensamiento del Prof. Dr. Luzón Peña*, *ForFICP* 2018-1, 48 ss.), sino que al infringir el garante su deber específico de intervención es siempre autor, en una palabra, que se sostiene que con el deber de garante la omisión equivale siempre a la comisión activa y es autoría, y por tanto que la omisión impropia es –se utilice o no ese nombre– un delito “de infracción de deber” en la concepción roxiniana (así lo sostiene desde luego el propio ROXIN, *AT* II, 2003 [PG II, 2014], § 31/140 ss.). Como he destacado en *ForFICP* 2021-3, n. 92, p. 76, ello reposa en la idea de que no puede haber dominio del hecho si no hay causalidad material positiva entre la omisión y el resultado (aunque curiosamente parte de la doctrina sí admite relación de causalidad, negativa, hipotética o causalidad sin más entre omisión y resultado), no puede haber dominio del hecho sobre una no actuación sin causalidad (sólo la naturaleza “dominaría” objetivamente el curso del hecho, o sólo la actuación positiva y causal de un tercero dominaría el hecho); exactamente igual que otro sector minoritario (ARM. KAUFMANN, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, 60 ss., 110 ss., 309 ss.; FS-von Weber, 1963, 207; siguiéndole WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª 1969, 204 s.: v. criticándolo mi exposición en LUZÓN PEÑA, *Lecc*

La razón<sup>299</sup> por la que cabe afirmar el dominio o (en la imprudencia) la determinación objetiva del hecho y por tanto autoría –dolosa o imprudente– cuando un omitente (normalmente garante) desde la perspectiva normativa (socio-jurídica) crea o aumenta un riesgo o peligro de origen natural al retirar su control de un peligro, que ya controlaba o que socio-jurídicamente se daba por hecho que iba a contrarrestar, es *porque en el peligro de origen natural se pone en marcha un curso potencialmente lesivo que conforme a las leyes causales necesariamente avanza o puede avanzar, sin que tenga que haber una decisión de ninguna otra persona, hacia el resultado dañoso*, y por ello afirmar desde la perspectiva socio-normativa expuesta la creación o aumento decisivo de ese peligro por la omisión supone al mismo tiempo que la misma omisión domina o determina el hecho y su curso, lo controla –o determina al menos objetivamente si no hay dolo– hacia la producción del resultado lesivo<sup>300</sup> (es decir, exactamente lo contrario del control omitido del peligro para evitar el resultado).

En cambio, *cuando una omisión incluso de un garante crea o aumenta un riesgo de que tenga éxito un peligro de lesión de origen humano*, o sea una actuación libre y no presionada de algún tercero que pueda producir una lesión de bien jurídico, no se puede afirmar que esa omisión domina o determina ya el curso del hecho, y eso es así porque un peligro de origen humano funciona de modo muy diferente a un peligro de origen natural, debido a que *el peligro de origen humano de producir el curso lesivo depende de si la persona toma o no*, de modo suficientemente libre, *la decisión de actuar en sentido potencialmente lesivo* (v. ya *supra* V.B.4. b1b'). En tal caso es *únicamente esa decisión y la actividad de otro ejecutora de lo decidido la que controla si, cuándo y cómo se produce el curso del hecho* y por eso se puede hablar de *dominio o dominio preferente por la actividad*, pues la omisión creadora de riesgo aún no controla –no

---

PG, 3.ª 2016, 30/40 n. 22) ha sostenido que, al no haber causalidad, en el delito omisivo no puede haber dolo, que es la supradeterminación voluntaria del curso causal. Pero como ello no es cierto, lo correcto es, tal como mantengo en ForFICP 2021-3, n. 92, p. 76, y fundamento a continuación en el texto, que dentro de supuestos de omisión que normativamente creen o incrementen el peligro o riesgo sí puede distinguirse entre aquellos en que con tal conducta y con dolo se domina positivamente o con imprudencia se determina objetiva y positivamente el hecho (autoría), y otros (participación) en que no es así y sólo se favorece el dominio o determinación objetiva del hecho por otros sujetos.

<sup>299</sup> A partir de aquí todo este párrafo y el sig. los introduce en LUZÓN PEÑA, ForFICP 2021-3, 76 s.

<sup>300</sup> Al no fundamentar de este modo el dominio del hecho en estos supuestos de omisión impropia, la doctrina (cit. *supra* n. 298) que tb. ve en el dominio del hecho el criterio distintivo de la autoría en la omisión impropia suele recurrir por eso al criterio –absolutamente insuficiente– del “dominio potencial del hecho”: cfr. p. ej. (con ulteriores citas y diversas formas de entender ese dominio potencial) RENGIER, AT, 12.ª 2020, 51/20 s.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.ª 2020, nm. 1211.

domina o determina necesariamente– el curso del hecho. Por esa razón la omisión impropia de impedir la actividad decidida por el tercero ciertamente crea o aumenta un riesgo, pero no de dominar el hecho y su curso ni por tanto de autoría, sino un peligro o riesgo únicamente de favorecer (de apoyar o más raramente de incitar a) el dominio o determinación del hecho por la actividad ajena, es decir, un riesgo de participación: cooperación o inducción mediante omisión: v. tb. *infra* VI.5.

**a) Posiciones de garante de control, supervisión o vigilancia de una fuente peligro (para algún o múltiples bienes jurídicos)**<sup>301</sup>

**1) Fuentes de peligro de origen no humano: objetos, procesos, instalaciones, máquinas, fuerzas naturales**

a') En el caso de funciones de control o supervisión de *fuentes de peligro no humanas*, sino de procesos mecánicos, vehículos, instalaciones o máquinas, cosas peligrosas, animales, fuerzas naturales, etc., o de peligros procedentes de personas inimputables (sobre éstos *infra* d')<sup>302</sup>, lo más frecuente será que se cumpla el criterio de equivalencia y la omisión del garante cree o aumente el *peligro o riesgo* si efectivamente

---

<sup>301</sup> Dentro de las posiciones de garante de control, tanto de procesos, sistemas, instalaciones o mecanismos a veces peligrosos, como de la posible actividad delictiva de personal de las empresas, tanto directivos como empleados, dentro de su funcionamiento, merece una especial atención, que aquí no se le puede prestar, la *responsabilidad penal por omisión*, muchas veces comisión por omisión, del empresario y de los encargados supervisores, tanto en calidad de *autores* de sus propios delitos dolosos o imprudentes como de *partícipes –dolosos– por omisión en delitos comisivos* –generalmente activos– ajenos (ello al margen de los modernos diversos sistemas de responsabilidad penal y no penal de las propias personas jurídicas, precisamente por omisiones, no de las mismas, sino de sus directivos o supervisores). Puedo remitir aquí a algunas obras especialmente importantes y sus respectivas bibliografías: a la que en gran medida abrió esta vía: SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979; posteriormente: ADPCP 1988, 529 ss.; en: Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder (eds.), *Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen*, 1994, 137 ss.; *Unternehmenskriminalität, FG-BGH 50 Jahre, IV*, 2000, 621 ss.; ADPCP 2002, 9 ss.; en Tiedemann (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, 2002, 103 ss. = en Tiedemann (dir.)/Nieto (coord.), *Eurodelitos: El DP económico de la UE*, UCLM, 2005, 35 ss.; GRACIA MARTÍN, APen 1993, 213 ss.; BOTTKÉ, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener*, 1994; en Mir/Luzón (eds.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos*, 1996, 129 ss.; y en la doctrina de lengua española a trabajos fundamentales de DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 2009; RDJC 22, 2007/08, 101 ss.; tb. en DPCo 28, 2009, 195 ss.; tb. RBCCr 79, 2009, 41 ss.; *Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos...*, en Corcoy/Gómez Martín, *Fraude a consumidores y DP*, 2016, 123 ss.; BACIGALUPO, CDJ 1994-VII, 63 ss.; LASCURAIN, LH-Tiedemann (Madrid), 1995, 209 ss.; SILVA, LH-Roxin (Coimbra), 1995, 357 ss.; MEINI, *Resp. penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, 2003; GARCÍA CAVERO, LH-Rodríguez Mourullo, 2005, 381 ss.; PEÑARANDA RAMOS, LH-González-Cuéllar, 2006, 411 ss.; RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?*, 2013; *La cooperación por omisión en los delitos dolosos relativos al mercado y los consumidores cometidos por un autor principal*, en Corcoy/Gómez Martín, *Fraude a consumidores y DP*, 2016, 157 ss.; DE VICENTE REMESAL, ForFICP 2014-2, 79 ss.; tb. RP 34 2014, 170 ss.; LH-Schünemann, II, 2014, 7 ss.; CONTRERAS CHAIMOVICH, *PolitCrim* 23 2017, 1 ss.

<sup>302</sup> Como se ve, el grupo no incluye sólo el supuesto, tratado por ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/108-124, del deber de vigilancia de cosas peligrosas (incluyendo animales) en el propio ámbito de dominio, sino que es mucho más amplio.

éste se daba por hecho fácticamente pero sobre todo normativamente que estaba controlado por el garante y su omisión de pronto lo descontrola y lo hace aumentar decisivamente. Pero si no es así, no habrá equivalencia.

b') Sí que hay equivalencia en caso de omisión por *darse por descontado* que el garante tiene el peligro bajo control sólo con *cumplir su función profesional normal en los controladores profesionales de procesos, sistemas, instalaciones o aparatos peligrosos*, como los encargados del funcionamiento del sistema ferroviario y de que los convoyes tengan vía libre o se detengan, como los controladores aéreos o como los pilotos de aviones o helicópteros (v. sobre esos ej. y la fundamentación de la equivalencia *supra* VI.3. h1, VI.1.), o los ejemplos clásicos del guardagujas encargado de cambiar las agujas ante la llegada de un tren o el guardabarreras que ha de bajar las barreras para que no irrumpen vehículos o personas en un paso a nivel ante el paso de un convoy, o los encargados de abrir las compuertas de una presa cuando las aguas podrían amenazar desbordarla, etc. Y ante el peligro agudo de una dolencia cardíaca, vascular o cerebral para un paciente, los miembros del equipo médico-sanitario de la UCI haciendo frente a los eventos, oscilaciones o ataques que se presenten; lo mismo ocurre en un equipo quirúrgico que controla la operación, pero este supuesto puede considerarse como caso de ingerencia: *infra* VI.4 a 2), párr. 3.º. Por tanto la omisión de actuación de esos controladores constituye comisión por omisión, dolosa o imprudente, de homicidio, lesiones, daños o estragos según los resultados producidos.

c') En el campo del *Derecho penal de la empresa*, lo mismo y por la misma razón ocurrirá respecto de la responsabilidad por el producto (delitos contra los consumidores, fraudes, delitos contra la salud pública) si los encargados de evitar que se introduzcan sustancias tóxicas o deficientes en una cadena de producción, o de controlar que no haya vertidos o emisiones ambientalmente nocivas superiores al nivel permitido en una empresa, incumplen de modo imprudente o incluso doloso sus deberes de supervisión y control. Y en el supuesto del supervisor, interventor o controlador oficial de cuentas de empresas o administraciones públicas, si incumple revelar datos reales muy negativos de una institución o empresa, como es su *función específica y normal y se da por hecho que la va a cumplir*, su omisión de detectar y revelar esos fallos equivale a dar activamente datos falsos, y por eso puede constituir sin duda autoría de falsedad en documento oficial o mercantil en comisión por omisión, y además puede inducir a error y a confiarse a inversores creyendo que todo está bien en la situación económica, contable, legal, etc. de

la institución en cuestión y a invertir en ella o adquirir sus acciones o bienes de la misma y ello puede suponer, si hay dolo, coautoría de estafa, o incluso de blanqueo o lavado de bienes, en comisión por omisión (si fuera sólo imprudente, ciertamente no está castigada en la estafa, pero sí en el blanqueo o lavado de bienes imprudente).

d') En cuanto al control de peligros o *riesgos procedentes de la naturaleza o de seres humanos no responsables*: El control por sus dueños o encargados de animales peligrosos, especialmente de perros para que no vayan sueltos y sin bozal y ataquen a personas, e incluso para llamarlos de modo imperativo y contenerlos inmediatamente si se lanzan a atacar, y con mayor razón el de fieras o animales muy peligrosos en poder de personas, no sólo está estrictamente impuesto como deber por leyes y reglamentos sino que se da por hecho por las normas sociales que es efectivamente ejercido por la enorme mayoría de los dueños; de modo que si omiten ejercerlo dolosa o imprudentemente, sí hay equivalencia a la comisión activa. Algo similar acontece con la supervisión y control de enfermos mentales peligrosos, que se da por descontado que será ejercido por los cuidadores profesionales de un centro psiquiátrico; pero probablemente no es así en el caso de sus familiares encargados, donde no se da por seguro que los tienen controlados para que no puedan dañar a personas u objetos, por lo que su omisión no será comisión por omisión, sino omisión propia, materialmente más grave por ser de garantes. A veces los peligros pueden proceder de la propia naturaleza, p.ej. por fenómenos meteorológicos extremos, sísmicos, volcánicos, etc.; cuando se está en zonas en que se desencadenan con frecuencia tales peligros para personas y cosas, se puede haber encargado –por parte de la comunidad o de un particular– a alguien un mecanismo de control, reacción o defensa frente a tal riesgo extremo, y normalmente se dará socio-normativamente por hecho que ejercen tal control, por lo que si este sujeto omite dolosa o imprudentemente cumplir su función cuando se desencadena el fenómeno natural, habrá generalmente comisión por omisión. En las intervenciones de los bomberos frente a incendios parece más adecuado distinguir: una cosa es si llegan o no siempre a tiempo ante un aviso para extinguir el incendio, donde la experiencia indica que no se puede dar por hecho que llegan siempre o prácticamente siempre en tiempo adecuado, por lo cual a mi juicio no hay equivalencia con la comisión activa dolosa o imprudente de daños, lesiones o muertes, sino sólo omisión de socorro más grave (de haber dolo al menos eventual), además de responsabilidad disciplinaria en caso de demora en su intervención; en cambio, es distinto el juicio socio normativo de si, ya ante el incendio, pudiendo los bomberos van a contener



el fuego y salvar a una persona en peligro inminente (función de control del peligro y/o de protección), donde normativamente –social y jurídicamente– desde luego se da por descontado que actuarán así, por lo que si en algún caso un bombero dolosa o imprudentemente no lo hace, realizará el delito de resultado en comisión por omisión.

e') Hay algunos supuestos de conductas de *personas responsables de objetos o personas que pueden producir daños en que por sus peculiaridades no se puede aceptar la equivalencia* que sostiene la doc. mayor. Así el caso de las tejas en mal estado, que podrían desprenderse y caer al suelo, es especial, no sólo porque el dueño o titular de un edificio con tejado en mal estado no siempre cumple ese deber de supervisión y control, seguramente tb. porque hay otros responsables de supervisión y vigilancia y con más medios en los organismos y servicios oficiales, por lo cual socio-normativamente no se puede dar por hecho o por descontado que ejercerán el control, sino que además, a diferencia de los otros casos tratados, aquí *el peligro es incierto, potencial* y no se sabe si va a ser inminente; por eso no habrá dolo generalmente en el sujeto ni se considera que ha comenzado una tentativa aunque no haya caída, y si finalmente se produce el accidente, con un peligro concreto *ex ante* totalmente incierto, no habrá dolo sino imprudencia. Igual sucede por cierto con el control por los padres o cuidadores de posibles, no seguros, actos peligrosos de los niños, que p. ej. puedan arrojar objetos desde un piso alto a la calle y dañar a personas que pasaran por allí.

## 2) *Actuar precedente peligroso o ingerencia*

Con independencia de las clases de ingerencia que puedan generar posición de garante (al respecto v. *supra* IV.4. b2), en la gran mayoría de los casos de actuación precedente peligrosa, al no tener controlado el ingerente el peligro que creó ni darse por hecho que lo tiene controlado, su omisión no descontrola ni por tanto aumenta ni crea más peligro y por ello no es comisión por omisión. Así, en los casos paradigmáticos de previa causación de un accidente por el sujeto que a continuación omite ayudar a la víctima, por mucho que el ingerente haya creado un peligro con su actuación precedente, imprudente o –si se admitiera como suficiente para la posición de garante– fortuita, y ello le genere un deber de actuación especial y superior a los deberes generales de salvamento del resto de personas, como ya he anticipado: v. *supra* V.B.2. a, párr. 2.º, si a continuación dicho peligro escapa a su control y su curso natural lo hace aumentar por sí solo, que es lo más normal cuando una persona provoca imprudentemente o fortuitamente un atropello, un accidente laboral, etc., entonces el ingerente creó el peligro, pero no

dolosamente, sino sólo de modo imprudente (en cuyo caso responderá luego de un delito de lesión imprudente además de su posterior omisión) o incluso fortuito y por ello impune, pero si a continuación no intenta contrarrestar el peligro que creó, su omisión no crea ni aumenta en absoluto ese peligro, que ya marcha solo, y por tanto no realiza dolosamente el delito de resultado en comisión por omisión, sino sólo una omisión propia, que en la omisión de socorro el art. 195.3 (en el CP anterior el 489 bis, 3.º) considera agravada por ser de un garante ingerente<sup>303</sup>.

E igual sucede en los discutidos casos (v. *supra* IV.4. b2b', y n. 219) del hostelero que sirve bebida a un conductor que se embriaga y luego va a conducir o la incitación a beber en iguales circunstancias por los compañeros de rondas, o en los supuestos de la provocación o facilitamiento imprudente de suicidios o la de delitos de otros dejando sin custodia un arma a su alcance. En ellos el creador del riesgo (que además en el supuesto de servir o facilitar bebidas a una persona o compartir las rondas con él, aunque luego vaya a conducir, se discute si hay imprudencia e ilícito o si es una conducta neutra o socialmente adecuada<sup>304</sup>), una vez que lo ha puesto en marcha, ni fácticamente lo tiene controlado ni socio-normativamente se da por hecho que lo controle, de modo que su posterior omisión, de impedir que conduzca quien ha bebido o que pueda el tercero usar el arma para suicidarse o delinquir, no desencadena o descontrola ni por tanto crea o aumenta –dolosa o imprudentemente– el peligro. La conducta suya que creó riesgo o peligro (aumentó el peligro de que la otra persona actuara de modo peligroso) fue su conducta activa precedente imprudente, pero ésta era una mera participación, dado que esa actividad del ingerente no implicaba la determinación objetiva y positiva del hecho, sino que el dominio positivo del hecho lo tenía sólo, salvo que estuviera en situación de inimputabilidad, el sujeto que bebe y luego conduce o el que agarra el arma y se suicida o comete un delito con ella; y si sólo hubo imprudencia en la ingerencia (otra cosa es que hubiera dolo eventual), la participación imprudente es impune<sup>305</sup>. Quedaría entonces

---

<sup>303</sup> Así lo he expuesto en LUZÓN PEÑA, RDCir 1974, 272 s.; tb. en LUZÓN, DPCir, 2.ª ed. 1990, 174 ss.; Lecc PG, 3.ª 2016, 31/84, 130.

<sup>304</sup> Sobre esa discusión, planteada en Alemania en sentencias desde RG JW 1938, 1241; BGH 4, 20 ss.; ObLG NJW 1953, 556 s.; BGH NJW 1954, 1047 s.; BGH 19, 152 ss.; 25, 221 ss.; 26, 38 ss., cfr. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 309 ss., 313 ss. = Fundamento y límites, 2009, 356 ss., 361 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.ª 2014, 30.ª 2019, § 13/34.

<sup>305</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 889 ss.= LUZÓN, DPCir, 1990, 105 ss.= LUZÓN, EPen, 1991, 197 ss.; Curso PG I, 1996, 507 ss.; Lecc PG, 3.ª 2016, 18/43 ss. Sobre las opiniones que la consideran punible aunque como participación, o punible porque cualquier contribución imprudente es autoría (doc. mayor).

únicamente una eventual responsabilidad del ingerente por omisión de socorro u omisión de impedir delitos<sup>306</sup>.

Solamente en los supuestos, menos frecuentes, en que la ingerencia no supone que el sujeto pierda el control del peligro en cuanto creó el peligro con su conducta previa, sino que lo mantiene bajo su control, se podrá decir entonces, como también he anticipado (*supra* V.B.2. a, párr. 3.º), que si de pronto lo descontrola dolosa o imprudentemente, su omisión sí supone crear o aumentar decisivamente el peligro de lesión y por tanto habrá comisión por omisión. Así si una persona hace fuego para una parrilla en una zona boscosa, con lo que está creando un riesgo imprudentemente, pero que lo mantiene controlado mientras se mantenga encima e impida la propagación, y sólo si se retira sin apagar totalmente las brasas, entonces descontrola el riesgo y habrá incendio (doloso o imprudente) en comisión por omisión; o si un terrorista lleva encima por la ciudad un explosivo, pero lo mantiene bajo control al no haber puesto en marcha el temporizador o no activar el mecanismo detonante, hasta que en un determinado momento, dolosa o imprudentemente, dejara abandonado el explosivo en un local, con lo que su omisión sí descontrola y por ello aumenta decisivamente el peligro. Y lo mismo cabe decir si un cirujano y su equipo emprenden una operación del paciente, creando por supuesto un riesgo no escaso, pero lo están manteniendo perfectamente bajo control con las medidas adecuadas, hasta que de pronto por imprudencia o dolo aquél dejara de contener, suturar y ello provoca una hemorragia<sup>307</sup> (aunque en este supuesto el deber de garante del equipo quirúrgico se fundamenta también y preferentemente por el acuerdo –contrato– con el paciente o sus familiares que consienten, y por los deberes legales que incumben en esos casos a médicos y sanitarios).

---

alemana) cfr. ROSO, Autoría y participación imprudente, 2002, 48 ss., 239 ss., 395 ss., *passim*; TSJAP, 21 2002, 11 ss.; tb. en DPCr 75 2004, 227 ss.; ForFICP 2015-2, 100 ss.; LAm-Wolter, 2018, 223 ss., 242 ss.; LH-Maza, II, 2018; 519 ss.; InDret 2022-1, 499 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en DP, 1991, 625 ss., 688 ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, Intervención delictiva e imprudencia, 1990; PÉREZ MANZANO, Autoría y participación imprudente en el CP de 1995, 1999; ROBLES PLANAS, Participación en el delito e imprudencia, RDPCr 6 2000, 223 ss.; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, La codelincuencia en delitos imprudentes, 2001; GIL GIL, El delito imprudente, 2007, 329 ss., 418 ss.

<sup>306</sup> Mi posición sobre estos casos ya en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/131; Libt 6 2017, 256 s.; RDP 2017-2, 188 ss.; ForFICP 2021-3, 81 ss.

<sup>307</sup> Estos ejs. y esta posición los he expuesto en LUZÓN PEÑA, RDCir 1974, 272 s.; DPCir, 2.ª ed. 1990, 174 ss.; Lecc PG, 3.ª 2016, 31/85, 132; Libt 6 2017, 216 s., 257; RDP 2017-2, 141; ForFICP 2021-3, 82 s.

3) ***Deber de vigilar o controlar fuentes de peligro de origen humano para tercero o terceros o para la comunidad: actuaciones delictivas dolosas o imprudentes***

Estos deberes de supervisión y control de fuentes podrán, según las circunstancias de los distintos supuestos dar lugar o no a que normativamente la omisión aumente la situación de peligro, dependiendo de si normativamente, social o jurídicamente, se podía dar por hecho que el garante iba a supervisar o controlar ese peligro: así hemos visto que ello se podrá afirmar respecto de los interventores públicos en su supervisión de cuentas, pero en muchos casos no respecto de los auditores privados, que no siempre son tan minuciosos y fiables. Ahora bien, pese a poder darse en principio el criterio de imputación del aumento de riesgo, sólo habrá autoría si la omisión del supervisor realiza por sí misma el tipo, como en los ej. vistos (*supra* VI.4. a1c') de que la omisión de correcto control por un interventor de cuentas dé lugar ya a cometer por omisión falsedad en documento oficial o mercantil o a coautoría de estafa o fraude a inversores o de blanqueo de capitales; pero pese al aumento del riesgo no será autoría si la omisión del supervisor o controlador no domina el hecho y no realiza el tipo, sino que, como ocurrirá ***en la mayoría de estos supuestos, se limita a favorecer que terceros, que dominan o determinan objetivamente el hecho, realicen el delito dolosa o imprudentemente*** y por tanto es ***mera participación*** (cooperación) en esos delitos, punible si es dolosa. En los supuestos de *transferencia de responsabilidad* sucede a veces que el *delegante* conserva sin embargo un deber de supervisión del cumplimiento de su función de control (o tb. podría ser de protección) por el delegado: la omisión de dicha supervisión de la conducta incorrecta del delegado no supondrá, por lo expuesto, en el delegante autoría de comisión por omisión, sino sólo una omisión propia o a lo sumo participación en forma de cooperación por omisión en la conducta delictiva del delegado, cooperación que será punible si es dolosa, pero que es atípica si es sólo participación imprudente<sup>308</sup>; ello a no ser que en la omisión imprudente de un deber de supervisión se dé la excepción de ser autoría de un delito de infracción de deber imprudente, que se indica a continuación con carácter general.

---

<sup>308</sup> Sin embargo, en estos supuestos es frecuente que doc. y jurisprud. afirmen la responsabilidad como autores, en comisión por omisión o en comisión activa, tanto del delegado como del delegante. Más correctamente ROSO, Autoría y participación imprudente, ForFICP 2015-2, 106 s., señala que en el delegante que omite supervisar al delegado habrá sólo participación (que actualmente tb. considera punible aunque sea participación imprudente).

Sin embargo, una importante excepción a la calificación como participación por omisión es que en los delitos imprudentes la interpretación de una norma de cuidado (y de actuación de vigilancia y control) lleve a la afirmación de que excepcionalmente se pueda admitir autoría, como delito de infracción de deber, por el mero incumplimiento de un deber especial de supervisión y control, como sucederá con dichos deberes de control encomendados a funcionarios de organismos públicos o por delegación de éstos a otros profesionales: v. ampliamente *infra* VI.6.) s.

**b) Posiciones de garante de protección un bien jurídico frente a cualquier peligro**

**1) Deberes por encargo contractual de una función de protección: con desvalimiento total o sólo parcial del sujeto pasivo; el blindaje o no del bien jurídico**

En las funciones de garante de protección a las que se obliga un sujeto por encargo contractual o pacto con el titular o portador del bien jurídico o con sus familiares, hay que distinguir si ese sujeto pasivo es totalmente vulnerable y desamparado o si sólo se encarga la protección a un garante por encontrarse aquél en situación de vulnerabilidad y desvalimiento meramente parcial. Si hay **total vulnerabilidad y desvalimiento** constitucional o connatural (como la llama SCHÜNEMANN<sup>309</sup>) del sujeto pasivo (bebé o niño pequeño, inválido, anciano achacoso, oligofrénico profundo, etc.), que por ello *depende totalmente de otra persona que actúa como su cuidador*, y exactamente igual si hay vulnerabilidad completa situacional, transitoria, p. ej. un enfermo o accidentado grave, que queda totalmente en manos del personal médico o sanitario que lo atiende, entonces, como vimos *supra* VI.3. h2a', se da por descontado que ese bien jurídico tan totalmente o casi totalmente vulnerable y desamparado e indefenso y tan dependiente de la protección del garante está a cubierto, seguro, blindado por el garante frente a un eventual peligro, por lo que si el garante omite, esa omisión desblinda el bien jurídico y descontrola dolosa o imprudentemente un peligro que se daba por controlado frente a ese bien jurídico, de modo que él aumenta el peligro frente a ese bien jurídico y realiza por tanto dolosa o imprudentemente en **comisión por omisión** el delito de resultado.

---

<sup>309</sup> Grund und Grenzen, 1971, 342 ss. = Fundamento y límites, 2009, 391, 392 ss. V. *supra* n. 215. SCHÜNEMANN utiliza el adjetivo “*konstitutionelle*”, o sea “constitucional”, referido al desamparo, pero en la vers. española cit. Cuello/Serrano lo traducen por desamparo “connatural”.

Por el contrario, si el *sujeto pasivo sólo es parcialmente vulnerable y desvalido*, porque puede protegerse, aunque sea parcialmente, y por ello los obligados a proteger por contrato no siempre cumplen tal deber o no lo cumplen bien o plenamente, ni el Derecho ni la sociedad parten de la base de que es seguro que el garante va a actuar o que va a actuar con éxito y por tanto no se puede considerar blindado por éste el bien jurídico y por eso controlado el peligro para ese bien jurídico; por ello no se considera normativamente que su omisión descontrola un peligro controlado y no equivaldrá a causar *ex novo* o aumentar activamente un peligro que produce el resultado lesivo, sino que será una *mera omisión propia agravada*<sup>310</sup>, como ya se ha visto *supra* VI.3. f, h2a', párr. 2.º. Así p. ej. normativamente no se da por hecho que protegen siempre y de modo plenamente eficaz el vigilante, salvavidas o socorrista en una playa o una piscina (ej. visto en VI.3. f, párr. 2.º), o los guardas de seguridad y control en la entrada de una urbanización, o igualmente las personas de servicio doméstico o criados contratados para las labores de la casa y también, aunque no específicamente, para cuidar de los niños si no protegen a éstos en caso de peligro; en esos casos no se consideraba *ex ante* blindado, plenamente seguro el bien jurídico frente a eventuales peligros.

Sin embargo, como también se ha visto *supra* VI.3. h2b', hay una *excepción* si *pese a haber vulnerabilidad sólo parcial* del titular del bien jurídico, se encarga a un garante una *misión de protección muy específica, eficaz y fiable*, con la que se da por hecho que el bien jurídico está *blindado y seguro* y precisamente *por eso su titular renuncia a buscar otros garantes* o medios de protección seguros; en tal caso su omisión vuelve a ser *comisión por omisión* dolosa o imprudente. Recuérdese los ej. cit. del guarda de seguridad nocturno del local comercial (aunque él sólo será partícipe) o del director de la agencia bancaria en quien confían plenamente los clientes para sus inversiones. Y muy seguramente éste es también el caso de la niñera contratada específicamente para cuidar y proteger a algún niño relativamente pequeño (a diferencia del contrato de los sirvientes) si no lo protege en caso de surgir un peligro que lo amenaza, p. ej. por no impedir dolosa o imprudentemente que el niño vaya a manipular cables eléctricos de alto voltaje o se vaya a lanzar a cruzar la calzada muy transitada por vehículos que lo pueden arrollar.

---

<sup>310</sup> En cambio, SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 342, 348 ss. = Fundamento y límites, 2009, 391, 398 ss., trata tb. el desvalidamiento, vulnerabilidad o desamparo parcial como fuente de dominio para el garante. Pero, como vemos, ello no puede generar equivalencia con la comisión activa. V. mi crítica *supra* VI.3. h2a', VI.4. b1.



## 2) *Deberes por estrecha vinculación familiar o análoga*

En el caso de los deberes de protección por parentesco, que normalmente son deberes por ley, pero se discute si caben también los supralegales (v. *supra* IV.4. a1), hay que distinguir si el pariente es persona totalmente desvalida o no: En el primer caso, que pertenece realmente al grupo 1), sí hay comisión por omisión del correspondiente delito de resultado por lo ya expuesto. Si el pariente que en un caso concreto sufre peligro no es persona totalmente vulnerable y desvalida, el otro pariente que no le asiste no comete omisión impropia, sino, por mucho que tenga un deber especial (no sólo moral, sino incluso jurídico-civil de asistencia), una omisión propia de garante. Y en el caso de los discutidos deberes supralegales de garante, como entre parientes de grados más alejados o entre parejas de hecho, creo que precisamente por no ser deberes legales claros y precisos, tampoco se da por hecho normativamente –ni jurídica ni sólo socio-normativamente– que el sujeto va a cumplir una función de protección ante un eventual peligro para el pariente, ni siquiera aunque éste esté totalmente desvalido; por ello su omisión no es comisión por omisión, sino una omisión propia, p. ej. de socorro, en su caso con una agravante de parentesco.

## 3) *Deberes por participar en comunidad de peligro y deberes por comunidad de vida*

En los supuestos de comunidad de peligro ya vimos *supra* IV.4. a2 que muchas veces no hay deber jurídico de garante; y en todo caso, será frecuente que no haya equivalencia. Suponiendo que hubiera deber de garante recíproco entre los implicados en una comunidad de peligro, lo que es más que discutible y sólo se puede aceptar si lo han pactado previamente (v. *supra* IV.4. a2), en absoluto se da por descontado que vayan a proteger seguro al otro en caso de peligro montañistas, compañeros de pesca submarina, periodistas corresponsales de guerra o soldados en una acción bélica, o en casos de emergencia como incendios, naufragios, catástrofes naturales, secuestros, bombardeos o similares los pasajeros de barcos, aviones, trenes o metros, huéspedes de hoteles, visitantes del edificio, etc., y por ello su omisión de salvamento nunca será comisión por omisión. En cambio, además de tener posición de garante por contrato, no es igual la situación en el guía alpino jefe de la expedición que la del resto de montañeros compañeros de cordada, pues los participantes se confían plenamente para las emergencias al guía, no a los otros, por ello no contratan a otro guía y se da por seguro que éste va a proteger, por lo que su omisión sí podrá constituir comisión por omisión

dolosa o imprudente. Distinto es el caso del mando, oficial, suboficial pese a tener posición de garante respecto de sus soldados en caso de acción bélica, ya que no se dan esas circunstancias vistas en el montañismo, pues los soldados no buscan y eligen voluntariamente a su jefe confiándose a él (sobre esas dos situaciones v. ya *supra* VI.3. f, párr. 2.º), ni se da por hecho que los mandos vayan a proteger seguro a sus soldados subordinados, por lo que la omisión de los mandos no será comisión por omisión sino omisión propia agravada. Por último remito a lo expuesto anteriormente sobre la situación de otros profesionales o cargos con posiciones de garante de protección en caso de emergencias, como bomberos o miembros de unidades militares en casos de incendios, donde habrá comisión por omisión porque se da por hecho su intervención protectora de bienes jurídicos si ya están en el incendio, pero ello no es así y por tanto sólo omisión propia agravada y responsabilidad disciplinaria si no intervienen con plena eficacia y prontitud para llegar al incendio (v. *supra* VI.3. f, párr. 2.º, VI.4. a1d’); o las tripulaciones de barcos o aviones en casos de emergencia como naufragios o necesidad de evacuación por accidentarse la nave tienen estrictos deberes legales de garantía frente a los pasajeros (v. *supra* IV.4. a2), dando prioridad absoluta a la evacuación y salvamento del pasaje antes que la tripulación, pero además normativamente, social y jurídicamente, se da indudablemente por descontado que la tripulación procede así y que es seguro que los pasajeros van a estar protegidos por la tripulación dentro de los medios disponibles, por lo que si en algún caso insólito el capitán o tripulantes pudiendo no proteger a pasajeros y p. ej. se salvan ellos mismos, cometerán en comisión por omisión homicidios o lesiones<sup>311</sup>.

La *comunidad de vida* no siempre genera auténticos deberes entre sus integrantes. Pero cuando surjan deberes por vida en común o comunidad de vida, no siempre serán deberes jurídicos de garante *sensu stricto* (v. *supra* IV.4. a3) y en todo caso, como regla no hay equivalencia:

En los supuestos de comunidad de vida o vida en común, incluso en los de convivencia en el hogar o morada, donde hay una confianza recíproca mucho mayor, incluso obligada por la situación, y en donde se puede mantener (como SCHÜNEMANN)

---

<sup>311</sup> Por esos y otros delitos se condenó en 2015 al capitán F. Schettino, al mando del crucero italiano Costa Concordia, que en enero de 2012 encalló y volcó frente a las costas de la Toscana, y escandalosamente el capitán abandonó el barco antes de que se evacuara a todo el pasaje, fingiendo incluso estar aún en el barco en llamadas telefónicas que tuvo mediante su móvil con la capitania marítima, en cuyo naufragio resultaron cinco pasajeros muertos y cientos heridos.

que hay un pacto recíproco de protegerse de los eventuales peligros que puedan surgir para el otro en la convivencia cotidiana, hay que sostener por las mismas razones que en la comunidad de peligro, pero con más motivo aún dado que ni siquiera es auténtica comunidad de peligro<sup>312</sup>, que ***en la mayoría de los casos no hay comisión por omisión***: no hay equivalencia con la comisión activa porque generalmente la omisión de apoyo o ayuda por el otro conviviente ante un peligro que surge para el otro por un accidente o incidente cotidiano o incluso por una repentina enfermedad o ataque grave, y aunque el amenazado no pueda valerse por sí mismo, por supuesto no crea ese peligro, pero tampoco lo aumenta socio-normativamente, ya que el omitente no lo tenía bajo control fácticamente, pero tampoco se considera sacionormativamente que lo tenía bajo control por dar por descontado, por seguro, que lo está controlando<sup>313</sup>, y que se pueda afirmar que entonces repentinamente el omitente decide dejar el control, incrementando así el peligro.

Como hemos visto (*supra* VI.3. h2a'), ello sólo sucederá y sí habrá comisión por omisión cuando los convivientes bajo la protección del garante tengan una total vulnerabilidad o desvalimiento constitucional (niños muy pequeños, inválidos o con una minusvalía muy severa o enfermos muy graves, ancianos desvalidos), donde sí se da por seguro que el garante protector con el que conviven intervendrá y que por ello el bien jurídico está blindado frente a eventuales peligros, pero no en los restantes casos de convivientes sin ese total desvalimiento o vulnerabilidad, a los que de pronto les surja un peligro o emergencia.

#### **4) *Asunción voluntaria y transferencia de función de protección***

Por sí sola la asunción voluntaria de una función de protección (sobre cuyo posible carácter de deber jurídico de garante y su fundamento v. *supra* IV.4. a4, IV.6., párr 4.º) no generará equivalencia, salvo que la asunción de la protección genere mayor

---

<sup>312</sup> Cfr. lo que he expuesto *supra* IV.4 a 3) n. 145 frente a la afirmación de SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, 1971, 355 = Fundamento y límites, 2009, 405, de que la comunidad de vida constituye una forma especial de comunidad de peligro en sentido amplio.

<sup>313</sup> Por tanto no es comparable la afirmación de SCHÜNEMANN, 1971, Grund und Grenzen, 1971, 356, 354= Fundamento y límites, 2009, 406, 404, de que en la comunidad de vida en relación a los peligros de la vida cotidiana en el hogar el garante tiene el dominio sobre la vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima, incluso en caso de un ataque cardíaco repentino. Es más correcto comprobar, o bien, como propone MIR, PG, 10.ª 2015/16, 12/38 s., 45-47, si realmente el omitente ejerce el control efectivo sobre el peligro que surge, o bien con la fórmula aquí propuesta, si en el caso en cuestión ello se daba por hecho, por descontado.

indefensión del sujeto protegido, que por confiar ya no pueda protegerse o excluya la protección por otros; en ese caso la omisión supone crear, incrementar o descontrolar un riesgo que se suponía mucho menor (equivale al impedimento activo de cursos causales salvadores ajenos<sup>314</sup>).

No hay peculiaridades especiales en cuanto a la omisión de su deber de protección por el delegado a quien se le ha transferido dicha misión por el delegante, ya que, o bien acepta dicho cometido en virtud de pacto o contrato o le viene legalmente impuesto, y por consiguiente rigen los criterios generales respecto de los deberes de protección en virtud de contrato o del cargo (*supra* VI.4. b1, *infra* VI.4. b5). Y como ya hemos visto, el delegante conserva sin embargo a veces un deber de supervisión del cumplimiento de su función de protección<sup>1</sup> por el delegado: la omisión de dicha supervisión de la conducta incorrecta del delegado no supondrá, por lo expuesto, en el delegante autoría de comisión por omisión, sino sólo una omisión propia o a lo sumo participación como cooperación por omisión en la conducta delictiva del delegado, participación punible si es dolosa, pero atípica si es sólo participación imprudente (v. *supra* VI.4. a3).

#### 5) *Deberes de protección derivados de funciones orgánicas o del cargo*

Los garantes de protección por funciones orgánicas o del cargo público (generalmente de origen legal, pero otras veces contractual o por asunción: v. *supra* IV.4. a5), y lo propio cabe decir de los agentes o profesionales privados encargados de dichas funciones por delegación de la autoridad, si no la prestan, realizarán un delito en comisión por omisión o por el contrario sólo una omisión propia de garante dependiendo de si normativamente se da o no por hecho que van a proteger seguro y que con su presencia el bien jurídico está blindado frente a un eventual peligro. Y ello depende de la interpretación socio-normativa y jurídica según los supuestos.

Cabe apuntar que muy probablemente se puede dar por descontada la intervención protectora de los funcionarios que tienen esa misión, p. ej. policías o integrantes de servicios públicos de atención a indigentes sin hogar, *ante un peligro grave para personas totalmente vulnerables y desvalidas*, en cuyo caso su insólita no intervención sería comisión por omisión dolosa o imprudente de homicidio, lesiones, etc. (o participación en comisión por omisión si el peligro proviene de una actuación delictiva de terceros).

---

<sup>314</sup> V. sobre ellos LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/176 s.

Pero ello *no será así frente a peligros que afectan a personas sólo parcialmente desvalidas*, porque lamentablemente la experiencia muestra que en tal caso no se puede dar por segura la protección pronta y eficaz de los funcionarios policiales o asistenciales; por ello su incumplimiento del deber producirá sólo una omisión propia agravada por ser garantes, como denegación de auxilio, omisión por funcionario de impedir delitos, omisión de socorro con la agravante de abuso de carácter público. (Como se ve, esta distinción para los funcionarios coincide con el criterio general propuesto *supra* VI.3. h2a’). Y también vimos que desgraciadamente las autoridades y funcionarios policiales o penitenciarios no siempre cumplen su deber de impedir torturas o vejaciones a detenidos o presos a su cargo, y que por ello, para evitar que sea una simple omisión propia, algunos CP como el español en su art. 176 han tenido que equiparar expresamente tal omisión a la comisión activa de la tortura o atentados a la integridad moral: v. *supra* I.2. b2, III.6., VI.3. g. Por otra parte, aplicando el criterio general del blindaje ya expuesto *supra* VI.3. h2b’, también se podrá dar normativamente por hecho que van a brindar su función protectora si se trata de *una misión específica muy eficaz y fiable* del funcionario; p. ej. si la labor controladora de cuentas públicas o de entidades privadas de los interventores públicos se considera no sólo supervisión y control de peligros, sino protección de bienes jurídicos colectivos o incluso privados.

Esta posición diferenciadora aquí defendida es por tanto divergente de la opinión bastante extendida de afirmar la equivalencia por tratarse de cometidos específicos y legalmente previstos de funcionarios públicos, en vista de que la Administración tiene precisamente la misión de proteger a la sociedad y los ciudadanos. Sobre los supuestos en que, fuera de los criterios aquí defendidos como regla, excepcionalmente se pueda admitir autoría, como delito de infracción de deber, por el mero incumplimiento de un deber especial de supervisión y control, como sucederá con dichos deberes de control encomendados a funcionarios de organismos públicos o por delegación de éstos a otros profesionales: v. ampliamente *infra* VI.6.

## 5. Aplicación del criterio de equivalencia defendido en la participación por omisión

### a) *Participación por omisión en un delito de comisión activa o de comisión por omisión: cooperación por omisión*<sup>315</sup>

Ya se ha expuesto ampliamente *supra* VI.4. antes de a) las razones de que la omisión ante un peligro de origen humano funcione de modo muy diferente a si es ante un peligro de origen natural, debido a que en el de origen humano el dominio o determinación objetiva del hecho depende de si la persona toma o no la decisión de actuar y que esa diferencia suponga autoría en caso de omisión ante un peligro de origen natural y sólo participación si se omite ante un peligro de origen humano, de actividad ajena. Pues bien, de acuerdo con ello puede suceder que la omisión de un garante sólo favorezca la autoría por dominio del hecho de otro y será participación, normalmente cooperación por omisión. Esto desde luego ocurrirá en primer lugar si el tercero tiene indiscutiblemente el dominio del hecho por realizar activamente el delito y con ello excluye que la omisión del garante pueda crear o aumentar el riesgo controlándolo y sobre esa base dominar el hecho; en tal caso la omisión del partícipe sólo creará un riesgo, no de dominar o determinar el hecho, sino de favorecer o facilitar el hecho que domina o determina otro con su actuación positiva. Así si un vigilante armado y con conexión a sistemas de alarma, contratado en un comercio o una empresa para dar seguridad durante el horario nocturno o en días no laborables (garante de protección) y del que se da por descontado que cumplirá su función protectora, sorprendentemente, porque lo han sobornado o por represalias o venganza contra la empresa, no impide que entren ladrones en los locales y roben ni avisa tampoco a la policía. Hay que subrayar que facilitar es hacer más fácil, quitar algún obstáculo o dificultad, con ayuda material, como en el caso

---

<sup>315</sup> Sobre participación (en especial cooperación) por omisión –de la que ya me ocupé en LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 73 ss.; LL 1986-3, 535 ss.; tb. en EPen, 1991, 225 ss. ; y después en Lecc PG, 3.ª 2016, 31/32-38, 147-151; Libt 6 2017, 179 ss., 265-268; RDP 2017-2, 94 ss., 199-203; ForFICP 2021-3, 91-94; y *supra* III.7.–, cfr. ampliamente los importantes trabajos de PORTILLA CONTRERAS, La participación omisiva en los delitos de resultado y simple actividad, LH-Torío, 1999, 439 ss.; Complicidad omisiva de garantes en delitos omisivos, LH-Gimbernat, 2008, 1519 ss.; Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24-11-2016 de Colombia, NFP 88 2017, 113 ss.; ROBLES PLANAS, Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales, Barcelona, Atelier, 2007; Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión), InDret 2012-2; RUEDA MARTÍN, ¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal, 2013; La cooperación por omisión en los delitos dolosos relativos al mercado y los consumidores, [en Corcoy/Gómez Martín, Fraude a consumidores y DP, 2016, 157 ss.](#); tb. ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 31/124-170; RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, 2005, 180 ss., 157 ss.



anterior, o psicológica que refuerce su propósito, al autor que realiza el tipo. Apoyo psicológico hubo en el caso del tío que, tras hacer que su sobrina subiera a un coche de unos jóvenes por la noche confiada por estar él a bordo (cooperación que es dudoso si era activa u omisiva), presenció impasible, sin marcharse y sin recriminarles o intentar evitar su conducta, cómo los dos jóvenes violan reiteradamente a su sobrina y acaban matándola (supuesto de la STS 31-1-1986<sup>316</sup>), pasividad estando presente que constituía un claro apoyo moral a los violadores, probablemente aún mayor si por el parentesco próximo se le considerara garante, pero que es perfectamente posible también en un no garante.

Pero en segundo lugar también puede una cooperación por omisión facilitar la autoría por un garante de un delito en comisión por omisión: El favorecimiento puede ser simplemente moral, reforzando la resolución delictiva del autor, p. ej. si uno de los padres está bañando en casa a un niño de un año y de pronto lo deja solo en la bañera porque se va al cuarto de al lado a ver en televisión una parte decisiva de una retransmisión deportiva y el niño empieza a ahogarse, cuyo padre sería autor de lesiones o incluso homicidio en comisión por omisión, normalmente con dolo eventual, y un vecino que lo presencia se dedica a comentar el evento con el padre, en vez de incitarle a volver inmediatamente con el niño o de salvarlo él mismo, y ese vecino tendría responsabilidad como cooperador moral por omisión del padre<sup>317</sup>, que es más grave que una mera omisión de socorro. O puede ser un favorecimiento material por omisión que no llega a dominar el hecho: así si un tercero, que vive en el domicilio y se ha comprometido a adquirir los paquetes de leche maternizada y traérselos a una madre que acaba de tener un bebé, está de baja maternal y lo alimenta con biberón, pero sin el menor entusiasmo y duda incluso si dejar morir al niño como aquél sabe, no le trae dichos paquetes a la madre, haciéndole así materialmente más fácil no alimentar al bebé, que acaba muriendo; y aquí es igual a efectos de cooperación si el tercero es un no garante o es incluso otro garante, el padre del bebé (ello sólo supondría una agravante de parentesco igual que en la autora), pues éste no tiene el dominio y el control del hecho, que queda en manos de la madre.

---

<sup>316</sup> A 211; sent. comentada ampliamente por mí: LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 73 ss.; LL 1986-3, 535 ss.; tb. en EPen, 1991, 225 ss.

<sup>317</sup> Planteo como cooperador a un vecino no garante, porque si quien se pusiera a conversar con el padre animándole a seguir viendo la televisión fuera a su vez garante, p.ej. la madre, entonces sería también autora de lesiones u homicidio en comisión por omisión, ya que, además de ser garante, social y jurídicamente se daría por descontado que ella controlaría de inmediato el riesgo para el niño, así que con su omisión aumenta el peligro que se suponía controlado y domina o determina el hecho junto con la omisión del padre.

**b) ¿Inducción por omisión?**

En principio no parece posible que una omisión por un tercero, aun cuando sea garante, de disuadir a una persona de la posibilidad que se plantea o le plantean otros de que cometa un delito, pueda crear en el autor una resolución criminal que no tenía y por tanto ser inducción por omisión; pero sí podrá considerarse cooperación moral o psíquica si esa actitud exteriorizada de no disuadir a quien ya quiere cometer un delito, le refuerza psíquicamente en su resolución, en cuyo caso valorando las circunstancias el juez decidirá si esa cooperación moral es simple complicidad o, por ser decisiva para acabar el autor de afianzarse en su propósito, cooperación necesaria. Ello salvo algún caso absolutamente excepcional en que la pasividad de una persona pueda interpretarse como incitación al delito de otra, que se produzca con esa finalidad y que efectivamente induzca al otro a delinquir<sup>318</sup>. Aparte de ello supone un obstáculo añadido al conceptual la fórmula del Derecho positivo español, que dice “los que inducen *directamente* a otro” (art. 28, 2.º a CP, como en el art. 14, 2.º de los anteriores CP), lo que requiere inducción o instigación expresa y no mediante silencio u omisiva.

**6. Excepción: no aplicación del criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo en algunos contados supuestos de delitos de infracción de deber dolosos o imprudentes**

Ahora bien, aparte de la regla general expuesta que requiere para la total equivalencia con la comisión activa no sólo posición de garante sino también que la omisión suponga creación o incremento decisivo de un peligro que resulte descontrolado (con dominio del hecho o con mero favorecimiento de un hecho ajeno), puede haber excepcionalmente supuestos de admisión de una comisión por omisión sin concurrir dichos requisitos de equivalencia: se trata de delitos de infracción de deber en sentido estricto en los que hay otra forma de imputación del resultado a la conducta omisiva del sujeto: la *imputación como autoría por el mero incumplimiento de un deber especial de garante*. Ello puede ocurrir en primer lugar en los casos contados de tipos de la Parte especial que ya en su forma dolosa constituyen delitos de infracción de deber o contra deber, con independencia de la forma de intervención activa u omisiva, con o sin dominio

---

<sup>318</sup> Así lo expongo en LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 87 n. 36 = EPen, 1991, 244 n. 36, añadiendo: “P. ej., una persona a quien otro intenta persuadir de que cometa un delito, sin que le esté convenciendo, cambia de opinión y se siente movido por primera vez a delinquir cuando observa el silencio y la no desaprobación de un tercero que para él tiene mucha autoridad moral, lo que interpreta correctamente como un asentimiento o incitación de ese tercero”.

del hecho, como p. ej. las conductas de los arts. 414 s. CP de violación de documentos secretos por autoridad o funcionario encargado que indebidamente accede o permite que otros accedan a los documentos o que realiza o consiente la destrucción o inutilización de medios para impedir el acceso; v. *supra* III.7. b3. Y también cuando en una regulación legal específica del llamado “*compliance*” o debido cumplimiento de programas de supervisión y vigilancia, prevención y control para la evitación de delitos en la actividad de la empresa persona jurídica o no, se disponga expresamente o quepa interpretar que se dispone una responsabilidad completa o parcial a título de autor por omisión de los delitos no impedidos para el garante peculiar que es el encargado del **compliance** (el “*compliance officer*”) en la empresa (así p. ej. la posible interpretación de la regulación esbozada en el CP españ. en los nuevos arts. 31 bis a quater)<sup>319</sup>.

Pero especialmente importante es la excepción en algunos casos de delitos imprudentes que cabe entender como delitos contra deber o de infracción de deber, en los que lo único decisivo es la vulneración de un deber especial por el sujeto, sin que importe si hay autoría por dominar o determinar objetivamente el hecho o sólo favorecimiento de un hecho ajeno o sólo permitir que se produzca. Sin que la conducta suponga una creación o aumento de peligro que además determine objetivamente y positivamente el curso del hecho, sin embargo puede interpretarse, como ya apunté en 1989 como excepción al criterio de la determinación objetiva del hecho, que habrá *autoría imprudente en comisión por omisión por incumplir un garante en determinadas circunstancias su deber especial de supervisión y control de fuentes de peligro* y poder interpretarse que ello es decisivo para el sentido de la ley que establece el deber especial del garante que al mismo tiempo es un deber especial de cuidado a efectos de imprudencia. Ejs. no

---

<sup>319</sup> De la literatura producida en los últimos tiempos en todos los países y citada en parte en la bibl. sobre responsabilidad por omisión en sus funciones del encargado del *compliance* en la empresa, casi tan inabarcable como la relativa a la responsabilidad penal o no de las personas jurídicas, destacaré aquí a título de ejemplo solamente los estudios de RÖNNAU/SCHNEIDER, ZIP 2010, 53 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, Compliance y DP, 2011; BEULKE, FS-Geppert, 2011, 23 ss.; KRÜGER, ZIS 2011, 1 ss.; GODENZI/WOHLERS, LAm-Donatsch, 2012, 223 ss.; ROTSCH, Wiss. Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion, 2012; DOPICO, en Arroyo/Nieto (dirs.), El DP económico en la era compliance, 2013, 165 ss.; tb. en Mir/Corcoy/Gómez Martín (dirs.), Responsabilidad de la empresa y compliance, 2014, 337 ss.; Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), Compliance y teoría del DP, 2013; PRITTWITZ, en Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), Compliance y teoría del DP, 2013, 207 ss.; SILVA SÁNCHEZ, en Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), Compliance y teoría del DP, 2013, 79 ss.; SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER (coord.), Criminalidad de empresa y Compliance, 2013; GARCÍA CAVERO, Criminal Compliance, 2014; MIR/CORCOY/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), Responsabilidad de la empresa y compliance, 2014; KONU, Die Garantenstellung des Compliance-Officers, Berlin, Duncker & Humblot, 2014; MONTANER, EPCr 35 2015, 733 ss.; NIETO MARTÍN, (dir.), Manual de cumplimiento penal en la empresa, 2015; GÓMEZ TOMILLO, Compliance penal, 2016; BLASSL, Zur Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten, 2017.

supervisar el legalmente obligado si en un local o establecimiento que acoge, al menos en ocasiones a gran cantidad de personas, como una sala de fiestas o de conciertos, discoteca, cine, teatro etc., existen y funcionan correctamente las debidas salidas de emergencia, o los extintores de fuego requeridos reglamentariamente. Con independencia de que se podrá afirmar también la equivalencia, pero además la determinación objetiva del hecho, respecto de la conducta omisiva de su deber primario de control de los dueños o responsables del local, me parece que al menos es totalmente adecuado afirmar para *la omisión por las autoridades o funcionarios legalmente responsables de dicha supervisión, vigilancia y control o por otros profesionales encargados de dicha misión por la autoridad* administrativa que equivale valorativamente “según el sentido del texto de la ley a la causación activa” del resultado dañoso: pues la pena del delito imprudente es mucho menor que la del correspondiente delito doloso, lo que permite considerar aquí ese incumplimiento de la supervisión como axiológicamente equivalente a la producción mediante causación activa del delito de homicidio, lesiones o estragos (lo que no sucedería en el delito doloso), se puede además estimar que ese es precisamente el sentido de la norma de cuidado de la legislación administrativa que está en la base del tipo penal imprudente como norma infringida, y la misión de vigilancia y control de esos factores de riesgo por los funcionarios públicos precisamente hace que el público confíe, dé por hecho que se cumplen las medidas de seguridad legalmente previstas para emergencias y riesgos repentinos y por ello acuda masivamente al local.

## **VII. LA EXISTENCIA DE UNA CATEGORÍA INTERMEDIA: LAS OMISIONES PROPIAS DE GARANTE (QUE NO LLEGAN A EQUIVALER A LA COMISIÓN ACTIVA). SOLUCIONES DE TRATAMIENTO PUNITIVO SUPERIOR A LA OMISIÓN PROPIA E INFERIOR A LA COMISIÓN POR OMISIÓN<sup>320</sup>**

### **1. Introducción**

Como hemos expuesto reiteradamente, hay múltiples supuestos de omisiones de evitar un resultado lesivo por parte de garantes de control o de protección que sin embargo no equivalen a la causación activa y por ello no cumplen los requisitos típicos del delito comisivo correspondiente y por tanto no son comisión por omisión. *Silva Sánchez* ha

---

<sup>320</sup> La exposición de este ap. anticipada ya en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/152-155; Libt 6 2017, 269-272; RDP 2017-2, 203-207.

denominado (1986) con acierto a estas conductas como “omisiones propias (o puras) de garante” (y después también omisiones puras o propias agravadas), señalando que constituyen una categoría de gravedad intermedia entre la omisión propia y la impropia, porque, aunque no llegan a la comisión por omisión de un delito de resultado y son por eso una omisión propia, sin embargo la gravedad de su ilícito es considerablemente mayor por no ser el simple incumplimiento de un deber general de ayuda o fomento por un ciudadano cualquiera, sino el incumplimiento de un deber especial de evitar el resultado impuesto a un garante jurídicamente obligado a ello<sup>321</sup>. Sin embargo, los Códigos no suelen prever tipos de omisiones puras agravadas por la circunstancia de ser un garante su autor, salvo alguna contada figura típica como en el art. 195.3 (489 bis –luego ter–, 3º del CP anterior) la omisión de socorro agravada por la previa ingerencia del omitente.

## 2. Propuesta de SILVA: tipos omisivos puros de la PE agravados

Ante ello caben dos soluciones legislativas de *lege ferenda* para dar adecuada cuenta de la entidad de estas figuras intermedias: pueden crearse, o bien en la Parte especial tipos agravados o cualificados para garantes en las omisiones propias, o bien una cláusula agravatoria en la Parte general, guardando proporción la agravación con el tipo de resultado no evitado. SILVA ha propuesto la primera solución, es decir, crear en las figuras de omisiones propias tipificadas en la Parte especial (omisión de socorro, de impedir o denunciar delitos, de perseguir su comisión, denegación de auxilio, etc.) cualificaciones o tipos agravados en general cuando el autor sea un sujeto especialmente obligado como garante a evitar un resultado, pero su omisión no equivalga a la comisión activa; la pena sería superior a la de la omisión propia del ciudadano normal, pero inferior a la del delito de resultado<sup>322</sup>. No obstante, esta solución presenta una importante carencia, y es que son muy pocos los tipos existentes en la PE de omisiones puras y por

---

<sup>321</sup> Así SILVA, El delito de omisión, 1986, 336 ss, 343-348; CPC 1989, 381 y n. 66; CDJ 1994-XXIII, 19 El nuevo CP: cinco cuest., 1997, 70 ss. = en Cobo, dir., Coment CP, I, 1999, 466 ss. (en ambos textos la llama tb. “omisiones de gravedad intermedia”); en Problemas específicos de la aplicación del CP, CGPJ, 1999, 153 ss. Siguiéndole, entre otros, yo mismo: LUZÓN PEÑA, PJ 2 1986, 85 (y generalmente los autores que me siguen, cits. *supra* en n. 233); Estudios Penales, 1991, 241 s.; PG, 3.ª 1996, 31/152 s.; GRACIA MARTÍN, NFP 61 1999, 154; DOPICO, Omisión e injerencia en DP, 2006, 592 ss.; ROSO, ForFICP 2017-1, 237 ss.; en Luzón Peña (dir.), LH-Roxin Dr.h.c. UIGV, Lima, 2018, 250. SILVA cita en El delito de omisión, 1986, 346 n. 286, como antecedentes, aunque sin esa denominación, las propuestas de algunos autores alemanes de crear tipos agravados de omisiones propias, especialmente de la omisión de socorro: así una tesis doct. de FREIENSTEIN, *Lasst sich die Strafbarkeit von Unterlassungsdelikten ...?*, 1936, y sobre todo SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendung*, 1974, 346; y ROXIN, *Política criminal*, 1972, 47; *JuS* 1973, 200 n. 36 (esta última cita de Roxin la hace SILVA tb. en El nuevo CP: cinco cuest., 1997 71, n. 182; en Cobo, dir., Coment CP, I, 1999, 467 n. 66).

<sup>322</sup> Así SILVA, lugs. cits. en n. anterior.

tanto no todos los supuestos de no evitación por un garante de un resultado lesivo que no llegue a la comisión por omisión iban a coincidir con esos tipos de omisiones propias para poder introducir cualificaciones en las mismas. Y en segundo lugar, incluso en las omisiones propias tipificadas como la omisión de socorro esta solución tampoco tiene en cuenta la proporción con la gravedad del resultado no impedido por el garante, ya que no es igual de grave que éste no socorra para evitar una muerte que para evitar unas posibles lesiones no graves.

Así era la regulación de la redacción inicial (en 2008) del art. 23, 2.º CP nicar.: aumentar a penas superiores a la típica las penas de las correspondientes figuras de omisión propia. Pero tenía el inconveniente, como acabamos de ver, de que habrá muchas omisiones propias de garante de evitar resultados en las que no haya figuras de un delito base de omisión propia, como la de socorro o la de impedir delitos, que se pudieran agravar. Seguramente por ello en 2012 se cambió la redacción de ese párr. 2º por una en que al garante se le rebaja la pena a la inferior a la del delito de resultado (resultado que no ha evitado): v. *infra* VII.4., n. 325.

### **3. Solución del § 13.2 StGB: aplicar la atenuación facultativa a la pena del delito de comisión activa a una omisión que se considera impropia**

La segunda solución apuntada la permite realmente la regulación del § 13 del StGB alemán, que tras exigir para la comisión por omisión en el apartado 1 además de un deber jurídico especial correspondencia con la realización del tipo legal mediante un hacer (lo que ya sabemos que es algo menos estricto que la equivalencia), admite no obstante en el ap. 2 una posible (facultativa) atenuación de la pena conforme al § 49, 1, quedando por debajo del límite mínimo de la pena típica. Una disposición similar contiene p.ej. el art. 13.2 CP peruano de 1991. Esta regulación, si se aplica a las omisiones propias de garante, tiene la ventaja de poder abarcar todos los supuestos sin depender de si la conducta coincide o no con una omisión propia ya tipificada en la PE. Pero presenta el grave inconveniente conceptual de que el precepto no dice que la atenuación, que es facultativa, se aplica a los casos en que la omisión del garante no corresponda a la realización activa del tipo, sino que sigue aplicándose a la conducta en que buenamente el tribunal lo estime más justo pero que sigue siendo de “comisión por omisión”, como reza la rúbrica del precepto.



#### 4. **Solución preferible: regulación en la PG y aplicar, por no ser comisión por omisión, una atenuación obligatoria a la pena del correlativo delito de comisión activa si no hubiera equivalencia**<sup>323</sup>

Por eso la solución preferible parece regular estas omisiones intermedias en la Parte general, y concretamente como segundo apartado del art. 11, pero dejando claro que se trata de aquellas omisiones de garante que no son comisión por omisión porque no equivalen a la causación activa, y que por ello obligatoriamente debe atenuarse la pena quedando por debajo de la del delito de comisión activa<sup>324</sup>. Mi propuesta por tanto es un nuevo apartado 2 del art. 11 que se exprese en términos parecidos a éstos: “2. Si la no evitación del resultado, pese a infringir un especial deber jurídico del autor, no equivale según el sentido del texto de la ley a su causación, se impondrá la pena inferior en dos grados [o en uno o dos grados] a la del correspondiente delito de resultado”, que obviamente podrá ser doloso o imprudente<sup>325</sup>. Ello significaría p. ej. para una omisión propia de garante que dolosamente no evita la muerte de una persona la pena inferior en dos grados a la del homicidio (prisión de 10 a 15 años según el art. 138), es decir, una pena de prisión de 2,5 a 5 años, en vez de la pena de multa de la omisión de socorro del no garante en el art. 195.1 y de la actual pena agravada de prisión de 6 meses a 4 años en el art. 195.3 para la omisión de socorro del previo ingerente.

#### **Bibl.: Sobre delitos omisivos impropios: comisión por omisión u omisión impropia:**

ABANTO VÁSQUEZ, Autoría y participación en la teoría de los delitos de infracción del deber, RP 14 2004, 4 ss.; ACHENBACH, Beteiligung am Suizid und Sterbehilfe, Jura 2002, 542 ss.; AHMED, Rücktritt vom versuchten unechten Unterlassungsdelikt, Hamburg, Kovač, 2007; ALASTUEY DOBÓN, Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del TS, ADPCP 1992, 969 ss.; ALBRECHT, Begründung von Garantstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen, Köln etc., Heymanns, 1998; ALBRECHT/KASPAR, Fahrlässigkeit – Der tödliche Berglauf, JuS 2010, 1071 ss.; ALCÁCER, Comienzo de la tentativa en la comisión por omisión, CPC 2001, 5 ss.; Tentativa y desistimiento en la comisión por omisión, LL 2002-5, 1453 ss.; Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad,

---

<sup>323</sup> Esta propuesta la he anticipado ya en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 31/155; Libt 6 2017, 271 s.; RDP 2017-2, 206 s.

<sup>324</sup> Tal regulación general tiene la ventaja de que no habría que crear en la Parte especial, para evitar lagunas, ni nuevos tipos de omisiones propias con agravación en su caso para los garantes, ni una enorme cantidad de preceptos en los que se atenuara la pena del tipo de resultado para la correspondiente omisión por un garante de evitar e correspondientes resultado pero sin llegar a la comisión por omisión. Y tiene la adicional ventaja, ya indicada, de guardar proporción con la gravedad del resultado no evitado por el garante.

<sup>325</sup> Seguramente por estas mismas consideraciones en el CP nicarag. en 2012 se cambió la redacción inicial (de 2008) del art. 23, párr. 2º, que iba en esa línea, por una en que al garante se le rebaja la pena a la inferior a la del delito de resultado (resultado que no ha evitado).

LH-Ruiz Antón, 2004, 21 ss., 47 ss.; ALDOSSER, Inwiefern können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden?, München, Huttler, 1882; ÁLVAREZ GARCÍA, Comisión por omisión y legalidad penal, en Estudios Homenaje-Peces-Barba, II, Madrid, Dykinson, 2008, 45 ss.; AMBOS, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Berlin, Duncker & Humblot, 2002; ANDROULAKIS, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, München, Beck, 1963; ANTERIST, Anzeigepflicht und Privatsphäre des Staatsanwalts, 1968; ANTOLISEI, L'obbligo di impedire l'evento, RitDP 1936, 121 ss.; Manuale PG, 4.<sup>a</sup> 1960, 8.<sup>a</sup> 1980, 16.<sup>a</sup> (actualiz Conti) 2003, nm. 87, 89, 101 s.; ARROYO ZAPATERO, La protección penal de la seguridad en el trabajo, Madrid, Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo, 1981; ARZT, Zur Garantienstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980, 553 ss., 647 ss., 712 ss.; Recensión del libro StGB Leipziger Kommentar, eds.: Hans-Heinrich Jescheck, Wolfgang Ruß, Günther Wilms, 10. Aufl., JZ 1981, 412 ss.; AST, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt, Berlin, Duncker & Humblot, 2010; BACHMANN/EICHINGER, Täterschaft beim Unterlassungsdelikt, JA 2011, 105 ss.; Teilnahme und Unterlassen, JA 2011, 509 ss.; BACIGALUPO SAGGESE, S., Alcance y límites de la posición de garante del órgano de supervisión y control de riesgos penales, LH-Huerta, 2020, 377 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E., Conducta precedente y posición de garante, ADPCP 1970, 35 ss.; Delitos improprios de omisión. Con un estudio analítico del tema en la jurisprudencia argentina referente a los delitos de homicidio, lesiones, estupro y estafa, Buenos Aires, Pannedille, 1970; 2.<sup>a</sup> ed., Montevideo-Bs. Aires, BdeF, 1983; Bogotá, Temis, 1983; 2.<sup>a</sup> ed. española: Delitos improprios de omisión, Madrid, Dykinson, 2005; La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial, CDJ 1994-VII (La responsabilidad penal de las sociedades, etc.), 63 ss.; La regulación de las conductas omisivas en el nuevo CP, CDJ 1996-XXVII (El sistema de responsabilidad en el nuevo CP), 11 ss.; La “ayuda omisiva” al suicidio y la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo penal, en Gimbernat/Schünemann/Wolter, Omisión e imputación objetiva en DP, 1994, 25 ss.; Art. 11, en Conde-Pumpido (dir.), CP, I, 1997, 422 ss.; Omisiones punibles en el ámbito de la administración empresarial, LL 9348 8-2019, 2 ss.; BAIER, Unterlassungsstrafbarkeit trotz fehlender Handlungs- oder Schuldfähigkeit – zugleich ein Beitrag zur Rechtsfigur der omissio libera in causa, GA 1999, 272 ss.; BAJO, Manual DP, PE, Delitos contra las personas, Madrid, Civitas, 1986, 7 ss.; BALDÓ LAVILLA, Estado de necesidad y legítima defensa Un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda, Barcelona, J.M. Bosch, 1994; v. BAR, Gesetz u. Schuld, II, 1907, 258 ss.; BARTON, Beihilfe durch Unterlassen? Zur strafrechtlichen Verantwortung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten i.S.d. §§ 13, 27 StGB bei Nichterfüllung seiner gesetzlichen Pflichten, RDV 2010, 247 ss.; BARTH, Volkische Treupflicht und nationalsozialistisches Strafrecht, DR 1935, 523 ss.; BÄRWINKEL, Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin, Duncker & Humblot, 1968; BAUMANN, AT, 8.<sup>a</sup> 1977, 244 ss.; BAUMANN/WEBER, AT, 9.<sup>a</sup> 1985, 236 ss.; BAUTZ, Die neuere Entwicklung der unechten Unterlassungsdelikte, tesis doct., Breslau, 1938; BECKSCHÄFER, Die Strafrahmenmilderung beim Begehen durch Unterlassen. Zur Auslegung des § 13 Absatz 2 StGB, Baden-Baden, Nomos, 2012; BEHRENDT, Recensión de Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen von Garantienpflichten, 1986, GA 1987, 473 ss.; BERSTER, Das unechte Unterlassungsdelikt. Der gordische Knoten des Allgemeinen Teils, Berlin, Duncker & Humblot, 2014; BERTEL, Begehungs- oder Unterlassungsdelikt?, JZ 1965, 53 ss.; BEULKE, Der “Compliance Officer” als Aufsichtsgarant?, FS-Geppert, 2011, 23 ss.; BETTIOL/PETTOELLO MANTOVANI, PG, 12.<sup>a</sup> 1986, 290 ss., 319 ss.; BEULKE/BACHMANN, Die “Leterspray-Entscheidung”, BGHSt 37, 106, JuS 1992, 737 ss.; BEULKE/SWOBODA, Beschützergarant Jugendamt. Zur Strafbarkeit von Mitarbeitern des Jugendamtes bei Kindestod, Kindesmisshandlung oder -missbrauch innerhalb der betreuten Familie, FS-Gössel, 2002, 73 ss.; BICKEL, Die Strafbarkeit der unbefugten Gewässerunreinigung nach § 38 WHG, ZfW 1979,

139 ss.; BINDING, Die Normen, II-1.<sup>a</sup> parte, 2.<sup>a</sup> 1914, 516 ss.; BIRNBACHER, Tun und Unterlassen, Ditzingen, Reclam, 1995; BISORI, L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina en ella giurisprudenza italiana, RItDPP 1997, 1342 ss.; BLASSL, Zur Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten. Zugleich ein systematisierender Beitrag zu rechtssichernden Organisationspflichten und zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, Frankfurt, Lang, 2017; BLEI, H., Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen, FS-H. Mayer, 1966, 119 ss.; AT I, 18.<sup>a</sup> 1983, 326 ss.; BLOY, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1985; Anstiftung durch Unterlassen?, JA 1987, 490 ss.; BOCKELMANN, Zum Problem der Meineidsbeihilfe durch Unterlassen, NJW 1954, 697 ss.; Betrug verübt durch Schweigen, FS-Eb. Schmidt, 1961, 437 ss.; Strafrecht des Arztes, Stuttgart, Thieme, 1968; BOCKELMANN, AT, 3.<sup>a</sup> 1979, 129 ss.; BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.<sup>a</sup> 1987, 132 ss.; BÖDECKER, Strafrechtliche Verantwortlichkeit Dritter bei Verkehrsdelikten betrunkenen Kraftfahrer, DAR 1970, 309 ss.; BÖHM, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, tesis doct., Frankfurt, 1957; Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961, 177 ss.; Garantenpflicht aus familiären Beziehungen. Zur Deutung des § 13 Abs. 1 StGB als Blankettvorschrift, Frankfurt, P. Lang, 2006; BOLDT, Anmerkung zu RG 74, 309, DR 1941, 195 ss.; BOLEA BARDON, Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión, LH-Mir 2, 2017, 459 ss.; Posiciones de garante frente al acoso escolar: ¿Responden penalmente los padres y docentes que no impiden el acoso?, InDret 2017-4; La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad (A propósito del caso Madrid Arena), InDret 2018-4; BONUCCI, L'omissione nel sistema giuridico, Anali dell'Univ. Perugia 1911; Volontarietà e causalità nell'omissione colposa, RivPen 90 1929, 193 ss.; BÖRKER, Der Irrtum des Unterlassungstäters über die Rechtspflicht zum Handeln, JR 1956, 87 ss.; BOSCARRELLI, Compendio DP, PG, 1<sup>a</sup>1973/8.<sup>a</sup> 1994, nm. 117-121; BOSCH, Das Lächeln der Lisa, JA 2007, 418 ss.; Organisationsverschulden in Unternehmen, Baden-Baden, Nomos, 2002; BÖSE, Die Garantenstellung des Betriebsbeauftragten, NStZ 2003, 636 ss.; Die gesellschaftlichen Regeln über die Geschäftsführung als Grenze von Garantenpflichten am Beispiel der strafrechtlichen Produktverantwortung, wistra 2005, 41 ss.; BOTTEK, Unterlassungen und ihre Folgen. Handlungs- und kausalitätstheoretische Überlegungen, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014; BOTKE, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, Heidelberg, Müller, 1992; Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, Berlin, Duncker & Humblot, 1994; Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica, trad. de Gracia/Alastuey, en Mir/Luzón (eds.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Barcelona, J.M. Bosch, 1996, 129 ss.; Die Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystem, en Coimbra-Symposium f. Roxin, 1995, 235 ss. = LH-Roxin (Coimbra), 1995, 309 ss.; Pflichtwidrigkeit: das Täterschaftskriterium unechter Unterlassungsdelikte?, FS-Rudolphi, 2004, 15 ss.; BOUSKA, Handelt der Fahrzeugführer ordnungswidrig, wenn der Beifahrer den Sicherheitsgurt nicht anlegt?, DAR 1984, 265 ss.; BRAMMSEN, Das Überlassen von Kraftfahrzeugen und seine möglichen Folgen für den Fahrzeughalter, DAR 1981, 38 ss.; Die Entstehungsvoraussetzungen von Garantenpflichten, Berlin, Duncker & Humblot, 1986; Erfolgzurechnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch einen Garanten, MDR 1989, 123 ss.; Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern, Jura 1991, 533 ss.; Strafrechtliche Rückruffpflichten bei fehlerhaften Produkten?, GA 1993, 97 ss.; Unterlassungstäterschaft in formalen Organisationen, en: Amelung ed., Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim, Pro Universitate, 2000, 105 ss.; Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen, GA 2002, 193 ss.; Bemerkungen zum mittelbaren Unterlassungstäterschaft, NStZ 2000, 337 ss.;

Unterlassungstäterschaft in formalen Organisationen, en: Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim, Pro Universitate, 2000, 33 ss.; BRINGEWAT, Der Notwehler als Garant us vorangegangenen Tun, MDR 1971, 716 ss.; Kommunale Jugendhilfe und strafrechtliche Garantenhaftung, NJW 1998, 944 ss.; DE BRITO: v. Quintela de Brito; BRÜCKNER, Das Angehörigenverhältnis der Eltern im Straf- und Strafprozeßrecht, Frankfurt, Lang, 2000; BRÜNING, Totschlag durch Unterlassen - Zu den Voraussetzungen einer Rettungspflicht gegenüber einer spontan Drogen konsumierenden Person, ZJS 2012, 691 ss.; BRUNNER, Der Täterkreis bei Kartellordnungswidrigkeiten, Pfaffenweiler, Centaurus, 1986; BRUNS, Anmerkung zu BGH v. 3.11.1981, JR 1982, 465 ss.; Zur Auslegung des § 13 Abs. 2 StGB, FS-Tröndle, 1989, 125 ss.; BÜLTE, Garant aufgrund familiärer Verbundenheit: Haftung aus Verwandtschaft oder sozialer Rollenerwartung?, GA 2013, 389 ss.; BUNG, Sichtbare und unsichtbare Handlungen, ZStW 120 2008, 527 ss.; VON BURI, Über die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung, GS 21 1869, 189 ss.; Die Kausalität der Unterlassung, ZStW 1 1881, 400 ss.; BUSATO, PG, 3.<sup>a</sup> 2017, 275 ss.; BUSCH, Zur gesetzlichen Begründung der Strafbarkeit unechten Unterlassens, FS-v. Weber, 1963, 192 ss.; BUSTOS, Manual PG, 4.<sup>a</sup> 1994, 382 ss.; BUSTOS/FLISFISCH/POLITOFF, Omisión de socorro y homicidio por omisión, RCPCh 25 1966, 163 ss.; BUSTOS/HORMAZÁBAL, Leccs PG II, 1999, 213 ss.; CADOPPI, La distinzione fra reato omissivo proprio ed improprio. Rilievi critici, Reggio Emilia, A.G.E., 1984; tb. en Studi Parmesi, 36, 1984, 143 ss.; Il reato omissivo proprio, I y II, Padova, Cedam, 1988; CARAMUTI, La omisión impropia en el DP argentino, LH-Niño, 2016, 27 ss.; CARBONELL, Equivalencia significativa en la comisión por omisión, CPC 2014, 5 ss.; CARNELUTTI, Illiceità penale dell'omissione, AnnaliDPP 1933, 1 ss.; CARO JOHN, Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber, ADP (Perú), 2003, 70 ss.; La participación del extraneus en los delitos de infracción de deber, FS-Sancinetti, 2020, 751 ss.; CENTONZE, Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità, RItDPP 2001, 278 ss.; La cultura delle prove e la causalità omissiva nella giurisprudenza dell'Quarta Sezione della Suprema Corte di cassazione, CassP 2006, 2133 ss.; Controlli societari e responsabilità penale, Milano, Giuffrè, 2009; CERESO, Curso III, 2001, 261 ss.; PG, 2008, 981 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, La posición de garante como criterio de equivalencia entre la causa activa y la no evitación del resultado, CDJ 1994-XXIII, 375 ss.; CLEMENS, Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch, Breslau, Schletter, 1912; COBO/VIVES, PG, 5.<sup>a</sup>, 1999, 389 ss.; VON COELLN, Das "rechtliche Einstehenmüssen" beim unechten Unterlassungsdelikt. Die Emanzipation der Garantstellung von einzelnen Fallgruppen, Berlin, Duncker & Humblot, 2008; CONTRERAS CHAIMOVICH, La posición de garante del fabricante en el DP alemán, PolitCrim 23 2017, 1 ss.; CONTESE SINGH, La omisión impropia como hecho punible, en Ambos/Malarino/Matus/Urquizo/Winter coords., Reformas penales, Santiago Chile, DER/CEDPAL, 2017; COSTANZO, La causalità dell'omissione, GiustP 1948-II, c. 177 ss.; CRAMER, Die Rechtspflicht des Aufsichtsrates zur Verhinderung unternehmensbezogener strafbarer Handlungen und Ordnungswidrigkeiten, FS-Stree-/Wessels, 1993, 563 ss.; Tod eines von Sozialarbeiterin betreuten Kindes. Anmerkung, NStZ 1997, 238 s.; CUADRADO RUIZ, La comisión por omisión como problema dogmático, ADPCP 1997, 387 ss.; La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario. Análisis crítico del art. 363 CP (pról. Muñoz Conde), Barcelona, Bosch, 1998; La posición de garante, RDPCr 6 2000, 11 ss.; tb. ADPCP 2000, 11 ss.; CUELLO CALÓN, PG I, 17.<sup>a</sup> 1975, 337 ss.; 18.<sup>a</sup>, 1980, 348 ss.; CUELLO CONTRERAS, PG, II, 2009, XVI/1 ss., 94 ss., 443 ss., 488 ss.; ¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso?, CPC 2012, 97 ss.; tb. en su Teoría del delito, BdeF, 2021, 133 ss.; CUERDA ARNAU, Límites constitucionales de la comisión por omisión, LH-Vives, 2009, 417ss.; CZERNER, Das Abstellen des Respirators an der Schnittstelle zwischen Tun und Unterlassen bei der Sterbehilfe, JR 2005, 94 ss.; CZYCHOWSKI, Primat des Strafrechts im Umweltschutz, en: Gesellschaft für Umweltrecht (ed.), Dokumentation zur 7. Fachtagung, 1983,



68 ss.; Zur Erörterung des strafrechtlichen Gewässerschutzes auf der 7. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V., ZfW 1984, 263 ss.; DAHM, Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59 1940, 133 ss.; DALLINGER, Unzumutbarkeit der Erfolgsabwendung bei unechten Unterlassungsdelikten, JR 1968, 6 ss.; DANN/MENGEL, Tanz auf einem Pulverfass – oder: Wie gefährlich leben Compliance-Beauftragte?, NJW 2010, 3265 ss.; DANNEKER, Grundfragen der Steuerhinterziehung durch Unterlassen. Pflichtwidriges In-Unkenntnis-Lassen als blankett-verweisendes Jedermannsdelikt oder als abschließend geregeltes Sonderdelikt?, FS-Achenbach, 2011, 83 ss.; VON DELLINGSHAUSEN, Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflichten des Arztes, Düsseldorf, Mannhold, 1981; DEMETRIO CRESPO, Posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados, en Serrano-Piedecabras/Demetrio, Cuestiones actuales de DP económico, Madrid, Colex, 2008; Responsabilidad penal por omisión del empresario, Madrid, Iustel, 2009; Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados, RDJC 22, 2007/08, 101 ss.; tb. en DPCo 28, 2009, 195 ss.; tb. RBCCr 79, 2009, 41 ss.; Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas, en Corcoy/Gómez Martín, Fraude a consumidores y DP; Madrid/Montevideo-Bs. Aires, Edisofer/BdeF, 2016, 123 ss.; DENCKER, Ingerenz: Die defizitäre Tathandlung, FS-Stree/Wessels, 1993, 159 ss.; Kausalität und Gesamttat, Berlin, Duncker & Humblot, 1996; DIAS, J. DE F.: v. Figueiredo Dias; DIAS, L., División de tareas y responsabilidad por omisión del funcionario policial, LyE 95, 2015, 387 ss.; DÍAS, L./LERMAN, Delitos improprios de omisión imprudentes en la jurisprudencia de la CSJN, JPCSN 19 2016, 40 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión ¿Un caso de dolo alternativo? (Comentario a la STS 9-X-1991), PJ 24 1991, 203 ss.; DOERING, Strafrechtliche Garantienpflicht aus homosexueller Lebensgemeinschaft, MDR 1972, 664 ss.; ZU DOHNA, Zur Lehre von den Kommissivdelikten durch Unterlassen, DStr 1939, 142 ss.; DOLDI, Die Rechtspflichten bei den Unterlassungsdelikten, tesis doct. Univ.Kiel, 1950; DÖLLING, Suizid und unterlassene Hilfeleistung, NJW 1986, 1011 ss.; DOMÍNGUEZ HENAÍN, El tratamiento jurídico penal de la injerencia en el código penal paraguayo, FS-Sancinetti, 2020, 271 ss.; DONINI, La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici, RItDPP 1999, 32 ss.; DONNA, PG, VI, 2010, 198 ss.; DOPICO, Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos a conductas ilícitas, ADPCP 2002, 235 ss.; Comisión por omisión y principio de legalidad. el art. 11 CP como cláusula interpretativa auténtica, RDPCr extraord 2 2004, 279 ss.; Omisión e injerencia en DP, Valencia, Tirant, 2006; El argumento de la "imprudencia temeraria del trabajador" (art. 15.4 LPRL) y la responsabilidad penal del constructor, arquitectos y otros garantes por lesiones o muertes laborales, RGDP 6 2006; El caso del cobertizo, en Sánchez-Ostiz (coord.), Casos que hicieron doctrina en el DP, Madrid, La Ley, 2011, 237 ss.; Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tópica, en Arroyo/Nieto (dirs.), El DP económico en la era compliance, Valencia, Tirant, 2013, 165 ss.; tb. en Demetrio/Maroto (eds.), Crisis financiera y DP económico, Madrid/Bs. Aires, Edisofer/BdeF, 2013, 507 ss.; La paradoja de Rudolphi: legítima defensa y no evitación de la muerte del agresor, LH-Mir 2, 2017, 539 ss.; ¿Posición de garante derivada de legítima defensa? La paradoja de Rudolphi, InDret 2018-4; Omisiones de DP, en Quintero/Carbonell/et al. (dirs.) Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena, Valencia, Tirant, 2018, 61 ss.; DROST, Der Aufbau der Unterlassungsdelikte, GS 109, 1937, 1 ss.; DUTTWILER, Liability for Omission in in International Criminal Law, ICLR 6 2006, 1 ss.; EBERT, Der praktische Fall – Strafrecht: Die verjüngte Schauspielerin, JuS 1970, 400 ss.; EISELE, Das erfolgsqualifizierte Delikt durch Unterlassen, FS-Rengier, 2018, 3 ss.; ELLBOGEN/STAGE, Die S-Bahn-Fahrt, JA 2005, 353 ss.; ENGISCH, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen, Mohr, 1931; Besprechung (recensión) über Gerhart Husserl, Negatives Sollen im Bürgerlichen Recht. Studien zur Theorie der Unterlassung, zur Theorie und

Dogmengeschichte des Schuldverhältnisses, Breslau, Ferdinand Hirt, 1931, en MSchrKrim 24, 1933, 237 ss.; Recensión de Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, MSchKrim 30 1939, 414 ss.; Der finale Handlungsbegriff, FS-Kohlrausch, 1944, 141 ss.; Vom Weltbild des Juristen, Heidelberg, C. Winter, 1950, 2.<sup>a</sup> 1965; Recensión de Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, JZ 1962, 189 ss.; Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, FS-v. Weber, 1963, 247 ss.; Tun und Unterlassen, FS-Gallas, 1973, 163 ss.; Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe, Dreher-FS, 1977, 309 ss.; ENGLÄNDER, Kausalitätsprobleme beim unechten Unterlassungsdelikt (BGH NStZ 2000, 414), JuS 2001, 958 ss.; ESER, Sterbehilfe und ärztliche Verantwortung, MedR 1985, 6 ss.; ESER/BURKHARDT, II, 3.<sup>a</sup> 1980, caso 27; ESSER/BETTENDORF, Muss der Kapitän als Letzter vom Bord? Zur Strafbarkeit von Schiffsführern im Notfall zwischen Rettungspflicht und entschuldigendem Notstand, NStZ 2012, 233 ss.; ETCHEBERRY, ¿Hacia el fin de los delitos de comisión por omisión?, LH-Gimbernat, 2008, 879 ss.; FABIÁN CAPARRÓS, Los tipos de omisión en el marco de la regulación penal del lavado de activos, DPCo 2013, 42 ss.; FARALDO CABANA, Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico, en Sanz Larruga/Gómez/Juane (coords.), Lecciones de Derecho sanitario, Univ. da Coruña, 1999, 519 ss.; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, PG II, 2012, 246 ss.; FEUERBACH, Lb, 1.<sup>a</sup> 1812; 14.<sup>a</sup> 1847, 24 ss.; FIANDACA, Il reato commissivo mediante omissione, Milano, Giuffrè, 1979; Reati omissivi e responsabilità penale per omissione, ArchPen 1983, 3 ss.; voz Omissione, DigDP, VIII, 546 ss.; FIANDACA/MUSCO, PG, 7.<sup>a</sup> 2014, 624 ss.; FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.<sup>a</sup> 2007, 913 ss., 927 ss.; FIGUEROA ORTEGA, Delitos de infracción del deber, Madrid, Dykinson, 2008; FIORE/FIORE, PG, 5.<sup>a</sup> 2016, 253 ss.; FIORELLA, Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa, Firenze, Nardini, 1984; FISCHER, StGB, 69.<sup>a</sup> 2022, antes del § 13/16 ss., § 13/1 ss.; FLETCHER, On the moral irrelevance of bodily movements, Univ. of Pennsylvania Law Review, 142 1994, 1443 ss.; FRANK, RAINER, Strafrechtliche Relevanz rechtswidrigen begünstigenden Vorverhaltens – erläutert am Beispiel der Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), tes. doct., Berlin, 1985; FRANTA, Die Unterlassungsdelikte nach alter and neuer Auffassung, tesis doct., Univ. München, 1938; FREIENSTEIN, Lasst sich die Strafbarkeit von Unterlassungsdelikten auch auf die Verletzung sittlicher Pflichten zurückführen?, tesis doct. Univ. Köln, 1936; FREUND, Erfolgsdelikt und Unterlassen. Eine Untersuchung zu den Legitimationsbedingungen von Schuldpruch und Strafe, Köln etc., Heymanns, 1992; Erlöschen strafrechtlicher Garantienpflichten bei Ehegatten, NJW 2003, 3384 ss.; MK, de 1.<sup>a</sup> 2003 a 4.<sup>a</sup> 2020, § 13/1 ss., y antes del § 13/1 ss.; Verdeckungsmord durch Unterlassen?, NStZ 2004, 123 ss.; Tatbestandsverwirklichungen durch Tun und Unterlassen. Zur gesetzlichen Regelung begehungsgleichen Unterlassens und anderer Fälle der Tatbestandsverwirklichung im Allgemeinen Teil des StGB, FS-Herzberg, 2008, 225 ss.; FRISCH, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg, C.F. Müller, 1988 = Comportamiento típico e imputación del resultado, trad. Cuello Contreras/Serrano Gzl. de Murillo, Madrid, Pons, 2004; Objektive Zurechnung des Erfolgs. Entwicklung, Grundlinien und offene Fragen der Lehre von der Erfolgzurechnung, JuS 2011, 205 ss.; La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas, trad. I. Coca. Estudio prelim. de Robles Planas, Barcelona, Atelier, 2015; FRISTER, Begehung und Unterlassung bei der Steuerung von Maschinen, FS-Samson, 2000, 19 ss.; Psychisch vermittelte Kausalität, FS-Sancinetti, 2020, 367 ss.; AT, 9.<sup>a</sup> 2020, 22/1 ss.; FUHRMANN, Der Irrtum über die Garantienpflichten bei den unechten Unterlassungsdelikten, GA 1962, 161 ss.; FÜNFSINN, Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht, Frankfurt, P. Lang, 1985; GAEDE, NK, 5.<sup>a</sup> 2017, § 13/1 ss.; GALLAS, Anmerkung zu BGH 2, 150, JZ 1952, 371 ss.; Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 1960, 649 ss., 686 ss.; Studien zum Unterlassungsdelikt, Heidelberg, Decker/Müller, 1963, reimpr. 1989; Die Garantienpflicht des Unterlassungstäters, en Studien zum Unterlassungsdelikt, 1963/1989, 67 ss.; Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten, Heidelberg, Recht u. Wirtschaft, 1963; Der dogmatische Teil des



Alternativentwurfs, ZStW 80 1968, 1 ss.; Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin, de Gruyter, 1968; GALLIANI, Il problema de la condotta nei reati omissivi, Napoli, Jovene, 1980; GAND, Du délit de commission par omission: essai de théorie pénale, tes. doct. Univ. Paris, Paris, A. Rousseau, 1900; GARCÍA CAVERO, Posición de garantía del empresario: A propósito del caso Utopía. LH-Rodríguez Mourullo, 2005, 381 ss.; Criminal Compliance, Univ. Piura, Lima, Palestra, 2014; GARCÍA FALCONÍ/ORNA, Análisis crítico de las teorías de la injerencia en el delito omisivo, RSGreg 26 2018, 6 ss.; GARROCHO SALCEDO, La responsabilidad del superior por omisión en DP internacional, pról. de Gómez Benítez, Navarra, Aranzadi, 2016; GEILEN, Garantienpflichten aus ehelicher und ehähnlicher Gemeinschaft, FamRZ 1961, 147 ss.; Stillschweigen des Angehörigen beim Mordkomplott, FamRZ 1964, 385 ss.; Zur Mitverantwortung des Gastwirts bei Trunkenheit am Steuer, JZ 1965, 469 ss.; Unterlassene Verbrechensbekämpfung und ernsthafte Abwendungsbemühungen, JuS 1965, 426 ss.; GEORGAKIS, Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht, tesis doct. Univ. Leipzig, 1938; GEPPERT, Die Beihilfe (§ 27 StGB), Jura1999, 266 ss.; Zum Begriff der “Verdeckungsabsicht” in § 211 StGB, Jura 2004, 242 ss.; GERCKE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Hyperlinks, CR 2006, 844 ss.; GEYER, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, München, Adermann, 1884, 123 ss.; GIL/LACRUZ/MELENDO/NÚÑEZ, Curso PG: v. Lacruz; GIMBERNAT, Causalidad, omisión e imprudencia, ADPCP 1994-3, 5 ss.; La omisión impropia en la dogmática penal alemana una exposición, ADPCP 1997, 5 ss. = Ensayos penales, 1999, 257 ss.; Art. 11, en Cobo (dir.), Coment I, 1999, 409 ss.; El delito de omisión impropia, RDPCr 4 1999, 525 ss.= Das unechte Unterlassungsdelikt, ZStW 111 1999, 307 ss.; La causalidad en la omisión impropia y la llamada “comisión por omisión”, ADPCP 2000, 22 ss.; Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht, FS-Roxin, 2001, 650 ss.= Omisión impropia e incremento del riesgo en el DP de empresa, ADPCP 2001, 5 ss.; A vueltas con con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el DP de la culpabilidad, ADPCP 2013, 33 ss.; Comportamiento alternativo conforme a derecho y omisión impropia, LH-Morillas, 2018, 273 ss.; GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin, Heidelberg, Müller, 1995; Omisión e imputación objetiva en DP, Fac. Der. UCM, 1994; DI GIOVINE, La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite, ForIt 2002-2, 608 ss.; GIUNTA, La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria, DirPenProc 1999, 620 ss.; La responsabilità per omissione, en de Francesco dir., Un nuovo progetto di Codice penale: dagli auspici alla realizzazione?, Torino, Giappichelli, 2001, 61 ss.; GLASER, J., Abhandlungen aus dem österreichischem Strafrecht, Wien, v. Tendler, I, 1858, 289 ss., 301 ss.; GLASER, S., Der Versuch des Unterlassungsdelikts, MschrKrim 1935, 254 ss.; GODENZI/WOHLERS, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers: Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung?, LAm-Donatsch, 2012, 223 ss.; GÖHLER, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen, Dreher-FS, 1977, 611 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, DP PG, 1984, 577 s., 583 ss.; GÓMEZ MARTÍN, Omisión del deber de socorro, comisión por omisión y seguridad en el tráfico, en Mir/Corcoy/Cardenal, Seguridad vial y DP, Valencia Tirant, 2008, 283 ss.; GÓMEZ PAVAJEAU, Dogmática y fundamentos de los delitos de omisión, Estudios de dogmática en el nuevo CP, Bogotá, Gust. Ibáñez, 2002, 251 ss.; Intervención y omisión, DPCr 76 2004, 79 ss.; GÓMEZ PAVÓN, La responsabilidad del médico por omisión, PJ 40 1995, 287 ss.; GÓMEZ RIVERO, La producción del resultado de muerte o lesiones en relación al supuesto agravado del art. 489 ter, LL 1995-3, 787 ss.; La regulación de los delitos de omisión del deber de socorro, LL 1996-3, 1385 ss.; La intervención omisiva en el suicidio de un tercero, AP 1998-2, 889 ss.; GÓMEZ TOMILLO, Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas, Valencia, Tirant, 2016; GÓRRIZ ROYO, Omisión y tolerancia administrativa en Derecho penal del medioambiente, a propósito del art.

329.1.2º CP, RDPP 14 2005, 25 ss.; GÖSSEL, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, ZStW 96 1984, 321 ss.; Recensión de Stoffers, Die Formel vom „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?, 1992, GA 1993, 262 ss.; Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontologischer Sachverhalt, FS-Kühl, 2014, 225 ss.; GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro, I, Univ. Zaragoza, 1985, cap. IV; Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales, Barcelona, Bosch, 1986, 27 ss.; Cap. I. El homicidio, en Díez Ripollés/Gracia, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, 1993, (21 ss.), 71 ss.; Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal, APen 1993, 213 ss.; La comisión por omisión en el DP español, CDJ 1994-XXIII (La comisión por omisión), 57 ss.; tb. en APen 1995, 683 ss.; en Díez Ripollés/Gracia, Com CP, PE, I, 1997, art. 138/59 ss., pp. 72 ss.; tb. en NFP 61 1999, 125 ss.; Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante), en Modernas tendencias en la ciencia del DP y en la criminología (Congreso UNED), 2001, 411 ss.; Prólogo a Schünemann, Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia, Madrid, Pons, 2009, 15 ss.; GRANDERATH, Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus einem vorangegangenen gefährdenden Verhalten bei den unechten Unterlassungsdelikten, tesis doct. Univ. Freiburg, 1961; GRASSO, Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento: il nuovo par. 13 del cod. pen. della Repubblica federale tedesca, RItDPP 1978, 872 ss.; Il reato omissivo improprio, Milano, Giuffrè, 1983; Estudios sobre el delito de omisión, B. Aires, BdeF, 2003; GRECO, Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten, ZIS 2011, 674 ss.; Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos improprios (trad. del trabajo alemán por R. Rocha), São Paulo, M. Pons, 2018; GRISPIGNI, L'omissione nel diritto penale, Padova, Cedam, 1934; tb en RItDP 1934, 46 ss.; DP II, 1947, 34 ss.; GRÖGER, Die Haftung des Amtsträgers nach § 324 StGB, Tesis doct., Konstanz, 1985; GROPP, Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rechtsprechung. Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils im Fall Wittig, NStZ 1985, 97 ss.; Das Abschalten des Respirators – ein. Unterlassen durch Tun?, GdS-Schlüchter, 2002, 173 ss.; GROSSO, I principi di personalità e legalità nella responsabilità penale e la causalità omissiva, StOn-Stella, I, 2007, 729 ss.; GRÜNEWALD, Zivilrechtlich begründete Garantienpflichten im Strafrecht?, Berlin, Duncker & Humblot, 2001; Verdeckungsmord durch Unterlassen, GA 2005, 502 ss.; GRÜNHUT, Grenzen des übergesetzlichen Notstandes, ZStW 51 1931, 455 ss.; GRÜNWALD, Das unechte Unterlassungsdelikt. Seine Abweichung vom Handlungsdelikt, tesis doct. Univ. Göttingen, 1957; Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, ZStW 70 1958, 412 ss.; Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, JZ 1959, 46 ss.; Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, 110; Der Vorsatz der Unterlassungsdelikte, FS-H.Mayer, 1966, 281 ss.; GUARNIERI, Causalità dell'omissione, AnnaliDPP 1934, 1005 ss.; Omissione causale e obbligo di impedire l'evento, ForIt 1936-II, 261 ss.; GUNIA, Strafrechtliche Garantienstellung von Wachpersonen des privaten Sicherheitsgewerbes, Frankfurt, Lang, 2001; GÜNTGE, Begehen durch Unterlassen Der gesetzliche Anwendungsbereich des § 13 StGB, Baden-Baden, 1995; GÜNTHER, K., Recensión de Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, GA 1994, 80 ss.; HAAS, Kausalität und Rechtsverletzung: ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe, Berlin, Duncker & Humblot, 2002; Die Beteiligung durch Unterlassen, ZIS 2011, 392 ss.; Die objektive Zurechnung beim unechten Unterlassungsdelikt, FS-Kindhäuser, 2019, 177 ss.; HALL, Über Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung: Allgemeines und Besonderes zum sog. Kokainfall. Ein juristisches Bild, GdS-Grünhut, 1965, 213 ss.; HAMM, GenStA, Bescheid vom 23.8.1983, § 324 – Strafbarkeit von Amtsträgern wegen Gewässerverunreinigung, NStZ 1984, 219 ss.; HANAU, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit. Eine Studie zum Problem des pflichtmäßigen Alternativverhaltens im bürgerlichen Recht, Göttingen, Schwartz, 1971; HARDTUNG, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.4.2000 – 1 StR 638/99 – Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Heroin, JZ 2008, 953 ss.; HARDWIG, Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, Berlin, Cram de Gruyter, 1957; Vorsatz bei

Unterlassungsdelikten, ZStW 74 1962, 27 ss.; HASSEMER, R., Garantenpflicht, Fachlichkeit und Technodefizit. Anmerkungen zur Unterlassungsstrafbarkeit in der Jugendhilfe, FS-Hassemer, 2010, 729 ss.; HAUSCHKA (ED.), Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, München, Beck, 2.<sup>a</sup> 2010 (HAUSCHKA/MOOSMAYER/LÖSLER EDS., Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 3.<sup>a</sup> 2016); HAUSCHKA, Zum Berufsbild des Compliance Officers, CCZ 2014, 165 ss.; HECKER, “Wilde” Müllablagerungen Dritter als Problem der abfallstrafrechtlichen Unterlassungshaftung, NJW 1992, 873 ss.; Beteiligung am Begehungsdelikt durch pflichtwidriges Nichteinschreiten (BGH, Beschl. v. 18.10.2018), JuS 2019, 400 ss.; HEINE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, Baden-Baden, Nomos, 1995; HEINITZ, Anmerkung zu BGH v. 25.2.1954, JR 1954, 270 ss.; HEINRICH, Die strafbare Beteiligung des Angeklagten an falschen Zeugenaussagen, JuS 1995, 1115 ss.; AT, 6.<sup>a</sup> 2019, §§ 26, 27; HENKEL, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, FS-Mezger, 1954, 249 ss.; Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten, MSchKrim 1961, 173 ss.; HEPP, Verkehrssicherungspflicht der Bergbahnunternehmer für Skiabfahrtsstrecken, NJW 1973, 2085 ss.; HERZBERG, Garantenpflichten aufgrund gerechtfertigten Vorverhaltens (BGH, NJW 1970, 2252), JuS 1971, 74 ss.; Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1971, 881 ss.; Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, Berlin, de Gruyter, 1972; Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973, 89 ss.; Täterschaft und Teilnahme: eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, München, Beck, 1977, 82 ss.; Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, Köln etc., Heymanns, 1984; Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt (Teil 2), JA 1985, 177 ss.; Zur Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, JZ 1986, 986 ss.; Straffreie Beteiligung am Suizid und gerechtfertigte Tötung auf Verlangen, JZ 1988, 182 ss.; HILGENDORF, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der “Risikogesellschaft”, Berlin, Duncker & Humblot, 1993; Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils, NSTZ 1994, 561 ss.; HILLENKAMP, Beweisnot und materielles Recht, FS-Wassermann, 1985, 861 ss.; Garantenpflichtwidriges Unterlassen nach vorsätzlichem Tatbeginn?, FS-Otto, 2007, 287 ss.; Zur Strafbarkeit des Arztes bei verweigerter Bluttransfusion, FS-Küper, 2007, 123 ss.; v. HIPPEL, D. Strafrecht, II, 1930, 158 ss.; HIRSCH, G. E., Anmerkung zu OLG Hamburg v. 5.9.1968 – 2 Ss 87/68, NJW 1969, 853 s.; HIRSCH, H. J., Ehre und Beleidigung. Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschatzes, Karlsruhe, Müller, 1967; Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, FS-Lackner, 1987, 597 ss.; HOFFMANN-HOLLAND, Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen, ZStW 118 2006, 622 ss.; HOHMANN, Wasserrechtliche Pflichten und Strafbarkeit der Wasserbehörden für unbefugte Gewässerverschmutzung durch Unterlassen, NuR 1991, 8 ss.; HONIG, Die Intimsphäre als Kriterium strafbaren Begehens durch Unterlassen, FS-Schaffstein, 1975, 89 ss.; Kausalität und objektive Zurechnung, FG-Frank, I, 1930, 174 ss.; HÖPFNER, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte, ZStW 36 1915, 103 ss.; HORN, Anmerkung zu BayObLG v. 18.8.1978, JR 1979, 291 ss.; Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden. Erteilung einer fehlerhaften Erlaubnis, Unterlassen ihrer Beseitigung, Unterlassen behördlicher Maßnahmen gegen rechtswidrig handelnde Bürger, NJW 1981, 1 ss.; HOYER, Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung, GA 1996, 160 ss.; Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen. Sonderregeln für Amts- und Wehrdelikte und ihre Übertragbarkeit auf privatrechtliche Organisationen, München, Beck, 1998; Kausalität und/oder Risikoerhöhung, FS-Rudolphi, 2004, 95 ss.; HRUSCHKA, Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, FS-Bockelmann, 1979, 421 ss.; HSÜ, Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten, Freiburg, Centaurus, 1986; HUERTA TOCILDO, Injerencia y art.489 bis CP, ADPCP 1985, 37 ss.; Problemas fundamentales de los delitos de

omisión, Madrid, Ministerio Justicia, 1987; Principales novedades de los delitos de omisión en el CP de 1995, Valencia, Tirant, 1997; La regulación de la comisión por omisión en el art. 11 CP. Balance y problemas no resueltos, LH-Octavio de Toledo, 2016, 137 ss.; HUMMEL, Verkehrssicherungspflichten für Skipisten, NJW 1974, 170 ss.; HUSSERL, G., Negatives Sollen im Bürgerlichen Recht. Studien zur Theorie der Unterlassung, zur Theorie und Dogmengeschichte des Schuldverhältnisses, Breslau, F. Hirt, 1931; HÜWELS, Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung. Die Organisationszuständigkeit und die institutionelle Zuständigkeit des Amtsträgers, dargestellt an Beispielen aus dem Umweltschutzrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1986; IBURG, Zur Unterlassungstäterschaft in Abfallstrafrecht, NJW 1988, 2238 ss.; IMMEL, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht. Umweltuntreue, Frankfurt, Lang, 1987; INGELFINGER, Zeitliche Grenzen ehelicher Garantienpflichten, NStZ 2004, 409 ss.; JAEGER, Die Bedeutung der sittlichen Pflicht für die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte, tesis doct., Freiburg, Baden-Baden, 1937; JAÉN VALLEJO, Contenido y alcance del deber de garante de los miembros de un consejo de administración: ¿debe extenderse el deber de vigilancia a actos de ilegalidad como la distracción de dinero? (STS 234/2010, de 11-3), CPC 2010, 247 ss.; JÄGER, Anmerkung zu BGH 3 StR 89/15, JA 2016, 392 ss.; Die objektive Zurechnung als kognitiver Bezugspunkt im Tatentschluss des versuchten Unterlassungsdelikts, FG-Roxin 4: GA 2021-5, 272 ss.; JÄHNKE, Strafrechtliche Produkthaftung, Jura 2010, 582 ss.; JAKOBS, AT, 1983, 2.<sup>a</sup> 1991 [PG, 2.<sup>a</sup> 1997], 28/9 ss., 29/1 ss.; Schuld und Prävention, Tübingen, Mohr, 1976; Recensión de Schürmann, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, GA 1987, 564 ss.; La competencia por organización en el delito omisivo, trad. Peñaranda, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1994; La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión, en el mismo, trad. Peñaranda, Estudios de DP, Madrid, Civitas, 1997, 347 ss.; Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Opladen, Westdeutscher, 1996 (= La imputación penal de la acción y de la omisión, trad. de Sánchez-Vera, ADPCP 1996, 835 ss.); La competencia por organización en el delito omisivo, en su obra Estudios de DP, Madrid, Civitas, 1997, 347 ss.; Teoría y praxis de la injerencia, trad. Cancio, ADPCP 1999, 17 ss.; La omisión: estado de la cuestión, trad. de Sánchez-Vera, en: Sobre el estado de la teoría del delito, 2000, 131 ss.; Die Ingerenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, FS-BGH 50 Jahre, 2000, 29 ss.; Recensión de Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, 2009, GA 2010, 361 ss.; JANISZEWSKI, Überblick über neue Entscheidungen in Verkehrsstraf- und Bußgeldsachen, NStZ 1988, 543 ss.; JASCH, Übernahme von Garantienpflichten aus Ingerenz?, NStZ 2005, 8 ss.; JESCHECK, AT, de 1.<sup>a</sup> 1969 a 4.<sup>a</sup> 1988 [Tratado PG, 1981], §§ 58-60; Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte in neueren Strafgesetzentwürfen, FS-Tröndle, 1989, 795 ss.; Probleme des unechten Unterlassungsdelikts in rechtsvergleichender Sicht, GA 1993, 115 ss.; JESCHECK/GOLDMANN, Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht, ZStW 77 1965, 109 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.<sup>a</sup> 1996 [PG, 5.<sup>a</sup> 2000], §§ 58-60; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado DP, III, 2.<sup>a</sup>, 1958, 399 ss.; JOECKS, MK, 3.<sup>a</sup> 2017, § 25/267 ss.; JOERDEN, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, Berlin, Duncker & Humblot, 1988; Anmerkung zu BGH v. 16.11.1993, JZ 1994, 422 ss.; JORGE BARREIRO, AG., Omisión e imprudencia. Comisión por omisión en la imprudencia: en la construcción y en la medicina en equipo, CDJ 1994-XXIII, 223 ss.; KAHLO, Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen. Zur notwendigen Modifikation der Risikoerhöhungslehre bei den unechten Unterlassungsdelikten, GA 1987, 66 ss.; Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Kausalität menschlichen Handelns und deren strafrechtlichem Begriff, Berlin, Duncker & Humblot, 1990; Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handelns, Frankfurt, V. Klostermann, 2001; KAHRS, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die *conditio-sine-qua-non*-Formel



im Strafrecht, Berlin, de Gruyter, 1968; KAMBERGER, Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Garantenstellung im Strafrecht?, Frankfurt, P. Lang, 1995; KARGL, Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen, GA 1999, 459 ss.; Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Betrug durch Schweigen, ZStW 119 2007, 250 ss.; ARM. KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen, O. Schwarz, 1959; 2.<sup>a</sup> 1980 = Dogmática de los delitos de omisión, trad. de la 2.<sup>a</sup> ed. de Cuello Contreras/Serrano Gzlj. de Murillo, Madrid-Barcel., Pons, 2006; Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961, 173 ss.; Unterlassung und Vorsatz, FS-v. Weber, 1963, 207 ss.; ARTH. KAUFMANN, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, FS-Eb. Schmidt, 1961, 200 ss.; Bemerkungen zum Irrtum beim unechten Unterlassungsdelikt, JZ 1963, 504 ss.; Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre, en su libro: Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik, Köln, Heymanns, 1966, 25 ss.; tb. en FS-H. Mayer, 1966, 79 ss.; ARTH. KAUFMANN/HASSEMER, Der praktische Fall – Strafrecht: Der überfallene Spaziergänger, JuS 1964, 151 ss.; KIELWEIN, Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, 225 ss.; KIENAPFEL, Aktuelle Probleme des unechten Unterlassungsdelikt, en su libro: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, II, Wien, Vereinigung der österreichischen Richter, 1974, 77 ss.; Die Garantenpflichten (2 ÖStGB): System, Voraussetzungen und Grenzen, JBl 1975, 13, 80 ss.; Die Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, 197 ss.; Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, 281 ss.; KINDHÄUSER, Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, 477 ss.; Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, FS-A. Hollerbach, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 627 ss.; AT, 8.<sup>a</sup> 2017, §§ 35-37; KISSIN, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten, Breslau-Neukirch, A. Kurtze, 1933; KLEINHERNE, Garantenstellung und Notwehrrecht, Frankfurt, Lang, 2013; KNAUER, Strafbarkeit wegrn Totschlags durch Unterlassen bei Nichtherbeiführung eines Beschlusses des SED-Politbüros, NJW 2003, 3101 ss.; Die strafrechtliche Haftung von Justiziarern, Innen-Revisoren und Compliance-Officers, FS-Im. Roxin, 2012, 465 ss.; KOHLER, Studien aus dem Strafrecht, I, Mannheim, Bernsheimer, 1890, 46 ss.; KÖHLER, AT, 1997, 210 ss.; Beteiligung und Unterlassen beim erfolgsqualifizierten Delikt, am Beispiel der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 I StGB), Heidelberg, Springer, 2000; KÖLBEL, Objektive Zurechnung beim unechten Unterlassen, JuS 2006, 309 ss.; KOLLMANN, Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystem, Breslau, Schletter, 1908; Der Begriff des kommissiven Unterlassens, ZStW 29, 1909, 372 ss.; KONRAD, Probleme der eheähnlichen Gemeinschaft im Strafrecht, Frankfurt, Lang, 1986; KONU, Die Garantenstellung des Compliance-Officers, Berlin, Duncker & Humblot, 2014; KRACK, Die Münzhändlerkonstellation – Eine Fallgruppe für die Unterlassungsdelikte?, ZStW 117 2005, 555 ss.; KRAFT, Die Garantenpflicht des Leiters der Innenrevision und des Compliance Officers zur Abwendung von unternehmensbezogenen Straftaten (zugleich Anmerkung zu BGH wistra 2009, 433), wistra 2010, 81 ss.; KRAUSE, Entwicklung und Wandel des Begriffs der “Rechtspflicht” bei den unechten Unterlassungsdelikten bis zur Rechtsprechung des Reichsgerichts, tesis doct., Berlin, 1965; KRETSCHMER, Die Garantenstellung (§ 13 StGB) auf familienrechtlicher Grundlage, Jura 2006, 898 ss.; KREUZER, Ärztliche Hilfeleistungspflicht bei Unglücksfällen im Rahmen des § 330 c StGB, Hamburg, Appel, 1965; Die unterlassene ärztliche Hilfeleistung in der Rechtsprechung, NJW 1967, 278 ss.; KREY/ESSER, AT, 6.<sup>a</sup> 2016, nm. 1120 ss.; KRUG, Abhandlungen aus dem Strafrecht, zur Erläuterung des StGB für das Königreich Sachsen Leipzig, 1855, 21 ss.; KRÜGER, Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten. Überlegungen aus Anlass des Urteils zum Compliance Officer, ZIS 2011, 1 ss.; KUDLICH, Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, JA 2008, 601 ss.; Na denn Prost! – Tödliches Reinigungsmittel. Anmerkung zu BGH v. 21.12.2011 - 2 StR 295/11, JA 2012, 470 ss.; KUGLER, Ingerenz und Selbstverantwortung. Inhalt und Grenzen der Garantenstellung aus vorangegangenem gefährdendem Tun, tesis doct. Univ. Bochum, 1972; KÜHL, Die strafrechtliche Garantenstellung. Eine Einführung mit Hinweisen zur Vertiefung, JuS 2007, 497 ss.; Die Unterlassungsdelikte als Problemfall für Rechtsphilosophie, Strafrechtsdogmatik und

Verfassungsrecht, FS-Herzberg, 2008, 177 ss.; AT, 5.<sup>a</sup> 2005/8<sup>a</sup> 2017, 18/1 ss.; KUHLEN, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, Heidelberg, Müller, 1989; Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte, NSTz 1990, 566 ss.; Cuestiones fundamentales de Compliance y DP, en Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), Compliance y teoría del DP, 2013, 51 ss.; KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), Compliance y teoría del DP, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, M. Pons, 2013; KUHLI, Cleanmagic - Reinigungsmittel, Droge oder Selbsttötungsutensil?, HRRS 2012, 331 ss.; KUHN, Die Garantenstellung des Vorgesetzten – Zugleich eine Besprechung von BGH, wistra 2012, 64 ss., 297 ss.; KÜPER, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, 474 ss.; Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1979; Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, ZStW 112 2000, 1 ss.; KÜPPER, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, espec. 72 ss.; Rücktritt vom Versuch eines Unterlassungsdelikts (BGH, NSTz 1997, 485), JuS 2000, 125 ss.; KUTZER, Strafrechtliche Überlegungen zur Selbstbestimmung des Patienten und zur Zulässigkeit der Sterbehilfe, MDR 1985, 710 ss.; LACKNER, Anmerkung zu KG v. 3.1.1968, JR 1969, 29 ss.; LACRUZ LÓPEZ, Comportamiento omisivo y DP, pról. Cerezo, Madrid, Dykinson, 2.004; Lecc 12 (El delito como conducta típica, IV. Los tipos de injusto de los delitos de omisión), en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 2011, 115 ss., 275 ss.; 2.<sup>a</sup> 2015, 139 ss., 281 ss., 294 ss.; LAMPE, Ingerenz oder dolus subsequens, ZStW 72 1960, 93 ss.; Die Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht, ZStW 79 1967, 476 ss.; Zum Verhältnis von Handlungsrecht und Handlungspflicht, FS-Lenckner, 1998, 165 ss.; LANDECHO/MOLINA, PG, 11.<sup>a</sup>, 2020, 305 ss.; LANDSBERG, Die sogenannten Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht. Ein Versuch, Freiburg, Mohr, 1890; LANDSCHEIDT, Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, Berlin, Duncker & Humblot, 1985; LANGER, Das Sonderverbrechen: eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, Berlin, Duncker & Humblot, 1972; Zum Begriff der “besonderen persönlichen Merkmale”, FS-Lange, 1976, 241 ss.; LARENZ, Kausalität der Unterlassung, NJW 1953, 686 ss.; LASCURAÍN, Fundamento y límites de los deberes de garantía del empresario, LH-Tiedemann (Madrid), 1995, 209 ss.; Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía, Madrid, Civitas, 2002; Salvar al oficial Ryan, en Mir/Corcoy/Gómez Martín (dirs.), Responsabilidad de la empresa y compliance, 2014, 301 ss.; Lección V. La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales, en Nieto (dir.), Manual de cumplimiento penal, 2015, 165 ss.; LAUBENTHAL, Strafrechtliche Garantenstellung von Polizisten und außerdienstliche Kenntniserlangung – BGH NJW 1993, 544, JuS 1993, 907 ss.; Privates Wissen und strafrechtliche Verantwortlichkeit von Polizeibeamten, FS-Weber, 2004, 109 ss.; LAUFS/UHLENBRUCK, Handbuch des Arztrechts, München, Beck, 3.<sup>a</sup> 2002; LAUFS/KERN/REHORN, Handbuch des Arztrechts, München, Beck, 5.<sup>a</sup> 2019; LENCKNER, Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Pflichtenkollision, MedKl 64 1969, 1000 ss.; LEONCINI, Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza, Torino, Giappichelli, 1999; LERMAN, Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassungsdelikte, GA 2008, 78 ss.; La omisión por comisión (tesis doct.), pról. Sancinetti, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013, 111 ss., 151 ss.; La atenuación facultativa de la pena prevista para los delitos improprios de omisión en el § 13.2 del StGB, RDPPPrP 10, 2014, 2074 ss.; Sobre el criterio de distinción entre la interrupción de cursos causales salvadores iniciados por terceros o provenientes de la naturaleza y la causación directa, LyE (Lecciones y Ensayos, UBA) 93, 2014, 131 ss.; LILIE, Garantenstellungen für nahestehende Personen, JZ 1991, 541 ss.; LINDEMANN, Garantenstellung und Garantenpflicht des Werkstattleiters eines Transportunternehmens, ZJS 2008, 404 ss.; LINDEMANN/SOMMER, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung und ihre Bedeutung für den Bereich der Criminal Compliance, JuS 2015, 1057 ss.; LÖNNIES, Rücktritt und tätige Reue beim unechten Unterlassungsdelikt, NJW 1962, 1950 ss.; LÓPEZ WARRINER, La



incomodidad del elemento causal en la omisión, RDPyC 2017-8, 20 ss.; La calidad de intervención en la omisión. Una crítica al pensamiento del Prof. Dr. Luzón Peña, ForFICP 2018-1, 48 ss.; DE LUCA, Omisión impropia, legalidad y congruencia, RDPPrP 5, 2008, 743 ss.; LUDEN, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, II, Göttingen Vandenhoeck u. Ruprecht, 1840, espec. 219 ss.; LUZÓN CUESTA, Comp PG, 26.ª 2021, 94 ss.; LUZÓN DOMINGO, DP del TS, I, 1964, 47 ss., 51 ss.; LUZÓN PEÑA, Ingerencia, comisión por omisión y omisión de socorro (Comentario a la STS 24-4-1974), RDCir 1974, 269 ss. (vers. ampliada en: Luzón, DPCir, 1990, 167 ss.); Omisión de socorro: Distinción entre omisión propia e impropia (Comentario a la STS 3-3-1980), RDCir 1980, 386 ss. (vers. ampliada en: DPCir, 1990, 179 ss.); La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS, PJ 2 1986, 73 ss. (= Luzón, EPen, 1991, 225 ss.; algo diferente y con el título Participación por omisión y omisión de impedir delitos. Comentario a la STS 31-1-1986, en LL 1986-3, 535 ss.); Lecc PG, 3.ª, 2016, 31/1 ss.; Gleichwertigkeit der Unterlassung mit der Begehung: Schaffung oder Erhöhung der Gefahr durch die Unterlassung. Eine Skizze, GA 2016-5 (FG-Roxin), 275 ss.; vers. española: Equivalencia de la omisión a la comisión: creación o aumento del peligro por la omisión misma en la comisión por omisión. Un esbozo, en Libt 5, 2016: LAM-Roxin 85, 83 ss.; Comisión por omisión: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa, ForFICP 2017-1, 219 ss.; Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación, Libt 6 2017, 145-272; tb. en RDP 2017-2, 51-207; Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa, LH-Mir 2, 2017, 685 ss.; Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt? FG-Wolter, GA 2018-9, 518 ss.; Delitos omisivos impropios: posición de garante o no, autoría o participación y equivalencia, ForFICP 2021-3, 32 ss.; MAAß, Betrug verübt durch Schweigen, tesis doct. Univ Giessen, Giessen, Brühl, 1982; MACIÁ GÓMEZ/ROIG ALTOZANO, Nuevo CP de 1995, Madrid, Cedecs, 1996; MAIHOFER, Der Versuch der Unterlassung, GA 1958, 289 ss.; MAIWALD, Kausalität und Strafrecht, Göttingen, Schwartz, 1980; Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS 1981, 473 ss.; Risikoerhöhung oder an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit? Rechtsvergleichende Bemerkungen zur “Kausalität des Unterlassens”, FS-Küper, 2007, 329 ss.; MALITZ, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. Zum Strafgrund des Versuchs, Frankfurt, Lang, 1998; MANSDÖRFER/TRÜG, Umfang und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, StV 2012, 432 ss.; MANTOVANI, F., L’equiparazione del non impedire al cagionare, ArchPen 1987, 45 ss.; L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale, RItdPP 2001, 337 ss.; La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal, trad. Peris, en Modernas tendencias (Congreso UNED), 2001, 483 ss.; Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omisivi, RItdPP, 2004, 985 ss.; Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omisivi nel Cod. pen spagnolo, DirPenXXI 2005, 237 ss.; La causalidad omisiva en el CP español, trad. Benítez Ortúzar, LH-Cobo 2005, 593 ss.; MANTOVANI, M., Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo, Milano, Giuffrè, 1997; MARINUCCI, Causalità reale e causalità ipotetica nell’omissione impropria, RItdPP 2009, 523 ss.; Reale und hypothetische Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, FS-Maiwald, 2010, 487 ss.; MARINUCCI/DOLCINI, Manuale PG, 6.ª 2017, V/10.1-3, VI/8, 10; MARTÍNEZ-BUJÁN, Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, Madrid, Tecnos, 1995, 39 ss.; El delito societario de administración desleal, Valencia, Tirant, 2001, 60 ss.; DPEcon PG, 4.ª 2014, 298 ss., 522 ss.; 5.ª 2016, 299 ss., 524 ss.; MARTÍNEZ RUIZ, Algunas consideraciones sobre la comisión por omisión y los delitos relativos a la prostitución de menores incapaces, PJ 46, 1997, 479 ss.; MARTOS NÚÑEZ, Análisis jurídico penal de la omisión impropia o comisión por omisión, RGDP 25 2016 1 ss.; MASERA, Il modello causale delle Sezione Uniti e la causalità omissiva, DirPenProc 2006, 493 ss.; MASSARO, Perfiles

problemáticos en la verificación de la denominada causalidad omisiva, en la experiencia jurídica italiana, RDP 2011-1, 443 ss.; La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui, Napoli, Jovene, 2013; MATT, Kausalität aus Freiheit. Eine rechtsphilosophische Grundlegung zum Bewirken durch Tun und Unterlassen im (Straf-)Recht, Baden-Baden, Nomos, 1994; MAURACH, Handlungspflicht und Pflichtverletzung, DStR 1936, 113 ss.; Beihilfe zum Meineid durch Unterlassung, DStr 1944, 14 ss.; Zur neueren Judikatur über Meineidsbeihilfe durch Unterlassen, SJZ 1949, 541 ss.; AT, 1954, 4.<sup>a</sup> 1971, §§ 45-46; Tratado II, 1962, §§ 45-46; MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.<sup>a</sup> 1989 [PG 2, 1995], § 46/1 ss., § 49/85 ss.; MAURACH/GÖSSEL/RENZIKOWSKI, AT 2, 8.<sup>a</sup> 2014, § 46/1 ss., § 49/85 ss.; MAYER, H., Der Verbrechensbegriff, DStr 1938, 76 ss.; Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, MatStrR, I, 1954, 259 ss.; MAYER, U., Die besonderen Tatbestandsmerkmale der unechten Unterlassungsdelikte, tesis doct., Univ. Heidelberg, 1934; MAYER LUX, Die konkludente Täuschung beim Betrug, Göttingen, V&R unipress, 2013; MAZZA, Causalità omissiva: un approccio alternativo, en Rodotà-Zatti dirs., Trattato di biodiritto. La responsabilità in medicina, Milano, Giuffrè, 2011, 81 ss.; MEIER, Verbraucherschutz durch Strafrecht? Überlegungen zur strafrechtlichen Produkthaftung nach der “Lederspray”-Entscheidung des BGH, NJW 1992, 3193 ss.; MEINBERG, Amtsträgerstrafbarkeit bei Umweltbehörden, NJW 1986, 2220 ss.; MEINI, Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, Valencia, Tirant, 2003; La comisión por omisión. Una interpretación alternativa del art. 13 CP, ADP (Perú) 2003, 415 ss., on line en: [perso.unifr.ch/derechopenal/](http://perso.unifr.ch/derechopenal/); Comisión por omisión e intervención omisiva, LH-Bacigalupo 1, 2003, 396 ss.; Delitos omisivos de resultado. Comentario al artículo 13 (Comisión por omisión), en Castillo Alva coord., CP Comentado, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, 439 ss.; La realización de delitos de resultado mediante comportamientos omisivos y participación omisiva, en Silva/et al., Estudios de DP, Lima, ARA, 2005, 77 ss.; MEISTER, Echtes und unechtes Unterlassungsdelikt, MDR 1953, 649 ss.; MERKEL, A., Von den Unterlassungsverbrechen, beziehungsweise dem negativen Unrechte, und ihrem Gegensatz, und von dem Verhältnisse der ersteren zu den Polizeivergehen, en su obra: Kriminalistische Abhandlungen, II, Leipzig, Breitkopf u. Härtel, 1867, 76 ss.; Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889, 143 ss.; MERKEL, P., Begehung durch Unterlassung, Nürnberg, W. Tümmels, 1895; MERKEL, R., Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom, ZStW 107 1995, 545 ss.; Die Abgrenzung von Handlungs- und Unterlassungsdelikt, FS-Herzberg, 2008, 193 ss.; MERZ, § 13 Begehen durch Unterlassen, en Graf/Jäger/Wittig (eds.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, München, Beck, 2011, 71 ss.; METZEN, Die Problematik und Funktion der fakultativen Strafmilderung für die Begehung durch Unterlassen (§ 13 Abs. 2 StGB 1975), tesis doct. Köln, 1977; MEYER, D., Anstiftung zum Unterlassen, MDR 1975, 286 ss.; MEYER, J., Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZStW 87 1975, 598 ss.; MEYER-BAHLBURG, Beitrag zur Erörterung der Unterlassungsdelikte, tesis doct., Hamburg, 1962; Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, MSchrKrim 1965, 247 ss.; Die Garantenstellung bei den Unterlassungsdelikten, GA 1966, 203 ss.; Unterlassen durch Begehen. Die Garantenstellung bei den unechten Unterlassungsdelikten, GA 1968, 49 ss.; MEZGER, Strafrecht, 3.<sup>a</sup> 1949, 4.<sup>a</sup> 1953 (Tratado I, 2<sup>a</sup> 1946, 3<sup>a</sup> 1955), § 16 III ss.; MICHALKE, Neue Garantenpflichten? Oder: Haftung des Compliance-Officers, AnwBl 2010, 666 ss.; Untreue: Neue Vermögensbetreuungspflichten durch Compliance-Regeln, StV 2011, 245 ss.; MIR PUIG, C., La posición de garante en la jurisprudencia del TS, CDJ 1994-XXIII, 253 ss.; MIR PUIG, S., Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2<sup>a</sup> ed., 1982; PG, 10.<sup>a</sup>, 12/33 ss.; Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (dirs.), Responsabilidad de la empresa y Compliance, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, Edisofer/BdeF, 2014; MÖHRENSCHLAGER, Das neue Wasserstrafrecht im Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität – Entwurf des 16. Strafrechtsänderungsgesetzes, en: Kolloquium des Instituts für das Recht der Wasserwirtschaft an der Uni-versität Bonn am 8. 12. 1978, ZfW 1980, 205 ss., 214 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, Delitos de omisión impropia, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni,

2014; MOLKETIN, Zurechnung von Unterlassungen ..., en Blutalkohol 38 2001, 20 ss.; MOLNAR, La causalité de l'omission relevante du point de vue du droit pénal, RIntDP 1972, 115 ss.; MOMSEN, Der Compliance-Officer als Unterlassensgarant, FS-Puppe, 2011, 751 ss.; MONTANER FERNÁNDEZ, El *criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones, EPCr XXXV 2015, 733 ss.; MONTIEL, Aspectos fundamentales de la responsabilidad del Compliance Officer en el Derecho argentino, RADPPrP 17 2015; MORALES PRATS, Art. 11, en Quintero/Morales, Coment, 7.ª 2016, 132 ss.; MORENO BRAVO, Autoría en la doctrina del TS (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión), Madrid, Dykinson, 1997; MORGENSTERN, Unterlassene Hilfeleistung, Solidarität und Recht, Frankfurt, Lang, 1997; MORILLAS CUEVA, Delito de omisión y violencia doméstica habitual, LH-Rodríguez Mourullo, 2005, 1609 ss.; DP, PG II-1, 2008, 143 ss.; Sistema de DP, PG, Madrid, Dykinson 2018, reimpr 2021, 408 ss.; MOSENHEUER, Unterlassen und Beteiligung. Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei den Unterlassungsdelikten, Berlin, Duncker & Humblot, 2009 (tesis doct. Univ. Augsburg, 2007); MUCCIARELLI, Omissione e causalità ipotetica: qualche nota, en Dir. & Quest. pubbl., 2010, 137 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP, PG, 10.ª 2019, 225 ss.; NAGLER, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111 1938, 1 ss.; NAHSTALL, Unterlassen nach Notwehr, tesis doct. Univ. Heidelberg, 1951; NAQUIRA, PG II, 2017, 625 ss., 653 ss.; NAUCKE, Anmerkung zu BGH 27, 10, JR 1977, 290 ss.; Ausnutzung einer Fehlbuchung kein Betrug durch Unterlassen, NJW 1994, 2809 ss.; NAVARRO FRÍAS/SOLA/ROMEO, Cap. 10 en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2013, 139 ss., 147 ss.; NEPOMUCK, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen nach dem "Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit", StraFo 2004, 9 ss.; NESTLER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Bürgermeisters für Gewässerverunreinigungen der Bürger, GA 1994, 514 ss.; NEUDECKER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen, Frankfurt, Lang, 1995; NEUMANN, Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen, FS-Roxin, 2001, 421 ss.; NICKEL, Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz nullum crimen sine lege (Art. 103 Abs. 2 GG): eine straf- und verfassungsrechtliche Studie, Berlin, Schweitzer 1972; NIEPOTH, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, Frankfurt, Lang, 1994; Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1994, 337 ss.; NIETO MARTÍN, (dir.), Manual de cumplimiento penal en la empresa, Valencia, Tirant, 2015; NIKOLAUS, Die Begründung und Beendigung der Garantenstellung in der Familie, JA 2005, 605 ss.; NINO, ¿Da lo mismo omitir que actuar?, LL arg., 1979-C, 801 ss.; NISCO, Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio, Bologna, Bononia University Press, 2009; NITZE, Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), Berlin, Duncker & Humblot, 1989; NOLL, M., Die Teilnahme durch Unterlassen und das Akzessorietätsprinzip, ZStW 130 2018, 1007 ss.; NOVOA MONREAL, Los delitos de omisión, DP (Argentina), n.º 21 1983, 19 ss.; Fundamentos de los delitos de omisión, Buenos Aires, Depalma, 1984; NOWAKOWSKI, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19 ss.; NÚÑEZ PAZ, Notas sobre la acción, la omisión y la comisión por omisión, LH-Núñez Barbero, 2007, 583 ss.; Omisión impropia y Derecho penal (acerca del art. 11 del CP español), RP 20, 2007, 141 ss.; NUVOLONE, L'omissione nel Diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive, IP 1982, 433 ss.; Sistema DP, 2ª, 1982, 167 ss., 192 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 560 ss.; ODERSKY, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Gewässerverunreinigungen, FS-Tröndle, 1989, 291 ss.; OEHLER, Konkurrenz von unechtem und echtem Unterlassungsdelikt, JuS 1961, 154 ss.; OERSTED, Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral- und Gesetzgebungsphilosophie, I: Ueber die Grundregeln der Strafgesetzgebung, Kopenhagen, 1818; OGLAKCIOGLOU, Anmerkung zu BGH v. 21.12.2011, NStZ-RR 2012, 246 ss.; ONDEI, GiustPen 1949-II, c. 184 ss.; OPPEL, Versuch beim Unterlassungsdelikt, tesis doct. Univ. Wien, Wien, VWGÖ, 1991; DALL'ORA, Condotta omisiva e condotta permanente nella teoria generale del reato, Milano, Giuffrè, 1950; ORTS ALBERDI, Delitos de comisión por omisión, Buenos Aires, Ghersi, 1978; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp. PG, 8.ª 2019, 241 ss.; OSSANDÓN, Comisión por omisión del delito de

favorecimiento de la prostitución de menores, LH-ProfDP UnivChile, 2013, 435 ss.; OSTENDORF, Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ 1981, 165 ss.; OTTO, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Maurach-FS, 1972, 91 ss.; Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht – OLG Hamm, NJW 1973, 1422, JuS 1974, 702 ss.; Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung, NJW 1974, 528 ss.; Die Aussagedelikte, §§ 153-163, JuS 1984, 161 ss.; Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, Jura 1987, 246 ss.; Grundsätzliche Problemstellungen des Umweltstrafrechts, Jura 1991, 308 ss.; Grundsätze der strafrechtlichen Produkthaftung nach dem “Holzschutzmittel”-Urteil, WiB 1995, 929 ss.; Die Haftung für kriminelle Handlungen in Unternehmen, Jura 1998, 409 ss.; Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte, FS-Hirsch, 1999, 291 ss.; Das Problem von Tun und Unterlassen, Jura 2000, 549 ss.; Ingerenz und Verantwortlichkeit, FS-Gössel, 2002, 99 ss.; Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs als Problem der Verantwortungszuschreibung, FS Lampe, 2003, 491 ss.; AT, 7.<sup>a</sup> 2004, § 9/16 ss.; Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten in Unternehmen, FS-Schroeder, 2006, 339 ss.; Entwicklungen im Rahmen der Garantenstellung aus enger menschlicher Verbundenheit, FS-Herzberg, 2008, 255 ss.; Garantenstellung aufgrund der Beteiligung an vorausgegangenen Misshandlungen oder sonstigen Gewalttätigkeiten, FS-Geppert, 2011 441 ss.; OTTO/BRAMMSEN, Die Grundlagen des strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens, Jura 1985, 530 ss., 592 ss., 646 ss.; VON OVERBECK, Unterlassung durch Begehung, GS 88 1922, 319 ss.; PADOVANI, DP, 1.<sup>a</sup> 1990/12.<sup>a</sup> 2012, V.2.6-8, V.4.5; PADRUTT, Verkehrssicherungspflicht bei Skipisten, SchwZStr 87 1972, 63 ss.; PAGLIARO, Problemi generali d el diritto penale dell’impresa, IP 1985, 17 ss.; Principi PG, 8.<sup>a</sup> 2003, 341 ss., 365 ss.; PALAZZO, PG, 6.<sup>a</sup> 2016, 8.<sup>a</sup> 2021, Cap. V.4.5; PALIERO, La causalità dell’omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici, RItML 1992, 821 ss.; PALLIN, Lage und Zukunftsaussichten der österreichischen Strafrechtsreform im Vergleich mit der deutschen Reform, ZStW 84 1972, 198 ss.; PALMA, PG, 2013, 68 ss.; PAREDES CASTAÑÓN, El riesgo permitido en el DP, Madrid, Minist. Justicia e Interior, 1995, 213 ss.; PARIONA ARANA, Täterschaft und Pflichtverletzung. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten, Baden-Baden, Nomos, 2010; Täterschaft und Pflichtverletzung, FS-Roxin 2, 2011, 853 ss.; La teoría de los delitos de infracción de deber, GacP 19 2011, 69 ss.; La coautoría en los delitos de infracción de deber, LH-Villavicencio 1, 2021, 251 ss.; PASTOR MUÑOZ, ¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa? Reflexiones sobre la posibilidad de fundamentar una posición de garantía del socio, LL 9400, 2019, de 11-3; PASTRANA I ICART, La responsabilidad penal del funcionario de prisiones, Madrid, Minist. de Trabajo, 1998; La responsabilitat penal del funcionari de presons: aspectes omissius, Barcelona, J.M. Bosch, 1998; Infracción de los deberes de intervención del funcionario de prisiones y artículo 11 CP, RPJ 50 1998, 203 ss.; PAWLIK, Der Polizeibeamte als Garant, ZStW 111 1999, 335 ss.; El funcionario policial como garante de impedir delitos, trad. Lerman y Sancinetti, InDret 2008-1; “Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils”. Bemerkungen zur Lehre von den Garantenpflichten, FS-Roxin 2, 2011, 931 ss.; PELISSERO, Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità da posizione, in: Bartoli (ed.), Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa (un dialogo con la giurisprudenza), Firenze Univ. Press, 2010, 1 ss.; Cap. XII (Reati omissivi), Cap. XIII.7-8 (La causalità omisiva...), en Grosso/Pelissero/Petrini/Pisa, PG, 2.<sup>a</sup> 2017, 205 ss., 240 ss.; PEÑARANDA RAMOS, Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones), LH-González-Cuéllar, 2006, 411 ss.; Cap. 6: Tipicidad en los delitos omisivos, MementoPen 2019, 2018; PERDOMO TORRES, El delito de comisión por omisión en el nuevo CP, Bogotá, Univ. Externado Colombia, 2001; La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, Univ. Externado Colombia, 2007; Das Begehen durch Unterlassen im positiven Recht, FS-Jakobs, 2007, 497 ss.; PÉREZ ALONSO, Tema 27: Los delitos de omisión, en Zugaldía (dir.), Fund, 4.<sup>a</sup> 2010, 474 ss.;



PÉREZ DEL VALLE, El engaño omisivo en la estafa, CPC 1996, 373 ss.; Lecc PG, 2016, 95 ss., 123 ss.117 ss.; PERIN, L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della "diminuzione di chances", ArchPen 2018-2, 1 ss.; PESSOA, En torno a la constitucionalidad de los tipos omisivos improprios en el DP argentino, LH-Contreras, 1997, 109 ss.; PETERS, Abschließende Bemerkungen zu den Zeugen-Jehovas-Prozessen, FS-Engisch, 1969, 468; PFANDER, Die Rechtspflicht zum Handeln aus Vertrag beim unechten Unterlassungsdelikt, tesis doct. Univ Basel, 1967; PFLEIDERER, Die Garantstellung aus vorangegangenem Tun, Berlin, Duncker & Humblot, 1968; PFOHL, Strafbarkeit von Amtsträgern wegen Duldung unzureichender Abwasserreinigungsanlagen, NJW 1994, 418 ss.; PHILIPPS, Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht, Frankfurt, Klostermann, 1974; PISANI, Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni, Milano, Giuffrè, 2003; PISAPIA, Istituzioni DP, 1ª 1956/3.ª 1975, VI.4 c, VII.5; PIZZI, Cause e cause omissive, CassP 2009, 1306 ss.; POLAINO NAVARRETE, PG II, 2000, 269 ss., 286 ss.; Lecc PG, 2.ª 2016, 83 ss.; El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura: sobre el concepto jurídico-penal de resultado, PJ 72, 2003, 59 ss.; PONZ DE LEON, La causalità dell'omissione nel sistema penale. Contributo all'interpretazione del CPV. dell'art. 40 C.P., Milano, Giuffrè, 1964; PORTILLA CONTRERAS, La participación omisiva en los delitos de resultado y simple actividad, LH-Torío, 1999, 439 ss.; Complicidad omisiva de garantes en delitos omisivos, LH-Gimbernat, 2008, 1519 ss.; Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24 de noviembre de 2016 de Colombia, NFP 88 2017, 113 ss.; PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt. a. M., Klostermann, 1993; Strafloße Obstruktion der Rechtspflege durch den Angeklagten?, StV 1995, 270 ss.; La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los Compliance Officers, en Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), Compliance y teoría del DP, 2013, 207 ss.; PROSKE, Zur Gleichstellungsproblematik beim unechten Unterlassungsdelikt. en: Wertung und Interessenausgleich im Recht, FS-Walter Wilburg, Graz, Akadem. Druck- u. Verlagsanstalt, 1975, 203 ss.; PUPPE, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 1980, 863 ss.; Zurechnung und Wahrscheinlichkeit, ZStW 95 1983, 287 ss.; Zur Kausalitätsproblematik bei der strafrechtlichen Produkthaftung. Anmerkung zu BGH 37, 106, JR 1992, 28 ss. (30 ss.); Die Erfolgzurechnung im Strafrecht, Baden-Baden, Nomos, 2000; La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales, trad. García Cavero, pról. Silva Sánchez, Granada, Comares, 2001; Verantwortlichkeit von Klinikärzten für von Untergebrachtem bei Ausgang begangene Straftaten, NStZ 2004, 554 ss.; NK, 4.ª 2013, antes del § 13/117 ss.; System der objektiven Zurechnung, GA 2015, 203 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso I, 1963, 212 ss.; Delito de comisión por omisión, NEJ Seix, VI, 1975, 469 ss.; Delito de omisión, NEJ VI 1975, 478 ss.; QUINTELA DE BRITO, A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta típica, Coimbra, Coimbra Ed., 2000; Responsabilidade penal dos médicos: Análise dos principais tipos incriminadores, RPCCr 12 2002, 371 ss.; Interrupção de alimentação e hidratação artificiais de pessoa em estado vegetativo persistente, RPCCr 15 2005, 557 ss.; Recusa de médico "agravada pelo resultado", omissão de auxílio e abandono por médico: delimitação e (alguns) problemas, LexMed 5 2006, 131 ss.; QUINTERO/MORALES, PG DP, 5.ª 2015, 452 ss.; Coment, 7.ª 2016, Art. 11 (Morales Prats), 132 ss.; RANFT, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht, JuS 1963, 340 ss.; Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung ZStW 94 1982, 815 ss.; Das Garantiepflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung ZStW 97 1985, 268 ss.; Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten (Teil I - II), JZ 1987, 859 ss., 908 ss.; Bemerkungen zu Täterschaft und Teilnahme durch garantiepflichtwidriges Unterlassen, FS-Otto, 2007, 403 ss.; RANSIEK, Unternehmensstrafrecht, Heidelberg, Müller, 1996; Das unechte Unterlassungsdelikt, JuS 2010, 490 ss., 585 ss., 678 ss.; Zur strafrechtlichen Verantwortung des

Compliance Officers, AG (AktienGesellschaft) 2010, 147 ss.; REALE JR., PG, 4.<sup>a</sup>, 2013, 255 ss.; REÁTEGUI SÁNCHEZ, Aspectos histórico-dogmáticos, político-criminales y de Derecho positivo en el ámbito de los delitos impropios de omisión, DPOL 12-7-2011, 1 ss.; REBOLLO VARGAS, Algunas reflexiones sobre los delitos de comisión por omisión en el CP español, LH-Valle, 2001, 641 ss.; RENGIER, Kündigungsbetrug des Vermieters bei vorgetäuschem Eigenbedarf, JuS 1989, 807 ss.; Täterschaft und Teilnahme. Unverändert aktuelle Streitpunkte, JuS 2010, 281 ss.; Zur Rolle und Reichweite des Strafrechts bei Katastrophen, FS-Wolter, 2013, 199 ss., 208 ss.; Sicherungspflichten und Rettungspflichten – zum “Cleanmagic-Fall” BGH NSTZ 2012, 319, FS-Kühl, 2014, 383 ss.; KK-OWiG, 5.<sup>a</sup> 2018, § 8: Begehen durch Unterlassen; AT, 12.<sup>a</sup> 2020, §§ 49-51; REQUENA JULIANI, Delitos de acción y posición de garante, CPC 2010, 91 ss.; Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: Posición de garante e imputación objetiva, pról. López Barja de Quiroga, Madrid, Dykinson, 2010; REYES ALVARADO, Relación causal e imputación objetiva en los delitos de omisión, en Ziffer (dir.), Jurisprudencia de casación penal, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, 117 ss.; RIGHI, PG, 2007 (2.<sup>a</sup> 2016), XII/63-69, pp. 363 ss.; RISICATO, La partecipazione mediante omissione a reato commissivo, RItDPP 1995, 1267 ss.; Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva, Milano, Giuffrè, 2001; ROBLES PLANAS, Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales, Barcelona, Atelier, 2007; Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión), InDret 2012-2; Deberes negativos y positivos en DP, InDret 2013-4; Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y DP económico, Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2014, 103 ss.; RODRÍGUEZ MESA, Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos, Granada, Comares, 2000; La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, Navarra, Aranzadi, 2005; La imputación del resultado a la omisión. (Una propuesta para la aplicación del artículo 25 del CP colombiano), NFP 70 2006, 116 ss.; Alcance de la imputación objetiva en los delitos de omisión impropia, RDMCP 5 2013, 398 ss.; Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación, REDUR 11, 2013, 107 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro en el CP, Madrid, Tecnos, 1966; El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la ingerencia, ADPCP 1973, 501 ss.; La cláusula general sobre la comisión por omisión, LH-del Rosal, 1993, 905 ss.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión. Un análisis a través de casos, NFP 89 2017, 75 ss.; Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica, LH-Roxin (Lima), 2018, 318 ss.; ROEDER, Zum Standortproblem der unechten Unterlassungsdelikte, DStr 1941, 105 ss.; ROGALL, Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG), ZStW 98 1986, 573 ss.; Die Strafbarkeit von Amtsträger im Umweltbereich, Berlin, E. Schmidt, 1991; RÖH, Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge, Frankfurt, Lang, 1995, 110 ss.; RÖHL, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen und das fahrlässige Unterlassungsdelikt, JA 1999, 885 ss.; ROLLAND, Le délit d’omission, RScCrim 1965, 583 ss.; ROMEO CASABONA, Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político-criminal, LH-del Rosal, 1993, 925 ss.; Límites de los delitos de comisión por omisión, en Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.), Omisión e imputación objetiva, 1994, 33 ss.; ¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?. (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor), RDPC 2, 1998, 327 ss.; ROMEO MALANDA, Responsabilidad penal por la omisión de tratamientos médicos a recién nacidos gravemente discapacitados, en Derecho y Salud, v. 14, n.º 1, 2006; RÖNNAU, Grundwissen: Garantenstellungen, JuS 2018, 526 ss.; RÖNNAU/SCHNEIDER, Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant, ZIP 2010, 53 ss.; ROSO CAÑADILLAS, El delito imprudente y los delitos de infracción del deber, Huellas (Fisc. Gral. Nac. Bogotá), 72 2011, 104 ss.; Autoría y participación imprudente, ForFICP 2015-2, 100 ss., 102 ss. (sobre delitos de infracción de deber);



La autonomía del delito comisivo omisivo, ForFICP 2017-1, 233 ss.; Omisión y comisión por omisión. Cap. 19, en Luzón Peña (dir.)/Roso (coord.), DP casos PG, 2018, 331 ss.; El delito comisivo omisivo, en Luzón Peña (dir.), LH-Roxin (Lima), 2018, 240 ss.; Los delitos de deber, de dominio y polivalentes de autoría, LH-Maza, II, 2018; 519 ss.; La necesidad de la posición de garante como requisito de la comisión omisiva, LH-Luzón, 2020, 1021 ss.; A vueltas con la terminología: en busca de la precisión terminológica entre lo comisivo y lo omisivo, LLP 146 2020; El *profesional* del art. 196 CP: denegación de asistencia sanitaria o abandono de servicios sanitarios, LH-Corcoy, 2022; ROTSCH, Wider die Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten, FS-Roxin, Im., 2012, 485 ss.; Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion, Baden-Baden, Nomos, 2012; Criminal Compliance, InDret 2012-1; RÖWER, Die Zumutbarkeit als spezielles täterschaftliches Merkmal beim Handeln durch Unterlassung, NJW 1958, 1.528 ss.; ROXIN, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74 1962, 411 ss.; Täterschaft und Tatherrschaft, Berlin, W. de Gruyter, 1.ª 1963, 10.ª 2019; Autoría y dominio del hecho en DP, trad. de la 7.ª y 9.ª ed. de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, Pons, 2000, 2016; An der Grenze von Begehung und Unterlassung, FS-Engisch, 1969, 380 ss. = En el límite entre comisión y omisión, en Roxin, Problemas básicos del DP, trad. Luzón Peña, 1976, 226 ss.; Ein „neues Bild“ des Strafrechtssystems, ZStW 83 1971, 369 ss.; Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª 1973, 19 = Política criminal y sistema del DP, trad. Muñoz Conde, 1973, 46; Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, JuS 1973, 197 ss.; Die Mitwirkung beim Suizid – ein Tötungsdelikt?, FS-Dreher, 1977, 331 ss.; Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, NStZ 1987, 345 ss.; Die Entsprechungsklausel beim unechten Unterlassen, FS-Lüderssen, 2002, 577 ss.; Ingerenz und objektive Zurechnung, FS-Trechsel, 2002, 551 ss. = Injerencia e imputación objetiva, RP 19 2007, 152 ss.; AT II, 2003 [PG II, 2014], § 32/1 ss., § 31/16-68; Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia, LH-Gimbernat, II, 2008, 1543 ss.; Kausalität und Garantenstellung bei den unechten Unterlassungen, GA 2009, 73 ss.; Probleme psychisch vermittelter Kausalität, FS-Achenbach, 2011, 409 ss.; RUANO, Los administradores y auditores en la manipulación de las cuentas anuales. Posición de garante y responsabilidad penal, Madrid Thomson-Aranzadi, 2017; RUDOLPHI, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, Göttingen, Schwartz, 1966; Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdelikts, MDR 1967 1 ss.; Anmerkung zu BGH 25, 218, JR 1974, 160 ss.; SK I, 1.ª 1975 a 6.ª 1994, antes del § 13; Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerverunreinigungen, FS-Dünnebier, 1982, 561 ss.; Anmerkung zu BGH StV 1982, 516, en StV 1982, 518 ss.; Häusliche Gemeinschaften als Entstehungsgrund für Garantenstellungen, NStZ 1984, 149 ss.; Primat des Strafrechts im Umweltschutz?, NStZ 1984, 193 ss.; Zur Garantenstellung aus vorangegangenen –pflichtwidrigem– Tun, JR 1987, 162 ss.; Anmerkung zu BGH v. 15.7.1986, JR 1987, 336 ss.; Der Dienstvorgesetzte als Garant für die gesetzmäßige Bestrafung seiner Untergebenen, NStZ 1991, 361 ss.; RUEDA MARTÍN, ¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal, pról. de Gracia Martín, Barcelona, Atelier, 2013; Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal. Coment a STS n.º 832/2013, de 16-12-2013, InDret 2015-1, 1 ss.; La cooperación por omisión en los delitos dolosos relativos al mercado y los consumidores cometidos por un autor principal, en Corcoy/Gómez Martín, Fraude a consumidores y DP, B. Aires/Montevideo, BdeF, 2016, 157 ss.; ¿La inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho es un principio inspirador en la delimitación de la capacidad de acción en un delito en comisión por omisión?, LH-Huerta, 577 ss.; RUNTE, Straftatsystematische Probleme des “Betruges durch Unterlassen” (§§ 263, 13 StGB), Jura 1989, 128 ss.; RUSCONI, PG, 2.ª, 2009, 594 ss.; SAINZ CANTERO, El delito de omisión del deber de socorro, RGLJ 209, 1960, 422 ss.; Lecciones, 3.ª, 1990, 515 ss.; SALIGER, Strafrechtliche Verantwortung eines Arztes für Taten eines Straftäters während des Ausganges, JZ 2004, 975 ss.;

SALZWEDEL, Diskussionsbeitrag, en: Kolloquium des Instituts für das Recht der Wasserwirtschaft an der Universität Bonn am 8. 12. 1978, ZfW 1980, 205 ss., 211 ss.; SAMELÜCK, Zur Unterscheidung des Begehungsdelikts vom Unterlassungsdelikt, (tesis doct.), Hamburg, 1976; SAMSON, Begehung und Unterlassung, FS-Welzel, 1974, 579 ss.; Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StV 1991, 182 ss.; SAMSON/HORN, Steuerunehrlichkeit durch Unterlassen, NJW 1970, 593 ss.; SANGENSTEDT, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern. Zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantenhaftung, Frankfurt, Lang, 1989; SÁNCHEZ PARRA, La inexigibilidad de otra conducta en los delitos de comisión por omisión al hilo de la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 154/2002, RGDP 7, 2007; SÁNCHEZ TEJERINA, Teoría de los delitos de omisión, Madrid, Reus, 1918; SÁNCHEZ-VERA, Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, Bogotá Univ. Externado Colombia, 1995; tb. en ADPCP 1995, 187 ss.; Deberes de socorro en virtud de la unión matrimonial. A su vez sobre la agravante de parentesco del art. 23 CP, AP 1999-1, 215 ss.; Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, Berlin, Duncker & Humblot, 1999; Delito de infracción de deber y participación delictiva, Madrid, M. Pons, 2002; SÁNCHEZ TOMÁS, Comisión por omisión y omisión de socorro agravada, Barcelona, Bosch, 2005; SANCINETTI, La relación entre el delito de abandono de persona y el homicidio por omisión, en Ziffer (dir.), Jurisprudencia de Casación Penal, I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, 245 ss.; SANGENSTEDT, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern. Zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantenhaftung, Frankfurt, Lang, 1989; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, La comisión por omisión en el CP de 1995, LL 1999-1, 1747 ss.; SANZ MULAS, Los delitos de omisión impropia, en La reforma al CP: aspectos conflictivos, Univ. Salamanca, 1994, 161 ss.; SATZGER, Dreimal “in causa” – actio libera in causa, omissio libera in causa und actio illicita in causa, Jura 2006, 513 ss.; Der irrende Garant – zur Abgrenzung von Tatbestands- und Gebotsirrtum beim vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikt, Jura 2011, 432 ss.; Beteiligung und Unterlassen. Ein Überblick über die strafrechtlich relevanten Möglichkeiten der Beteiligung an und durch Unterlassen, Jura 2015, 1055 ss.; SAUER, Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, FS-Frank, I, 1930, 202 ss.; Das Unterlassungsdelikt. Seine Stellung im Gefährdungs- und im Willensstrafrecht, GS 114 1940, 279 ss.; I delitti di omissione nel Codice penale tedesco, RivPen 1941, 761 ss.; SCHAAL, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, Berlin, Duncker & Humblot, 2001; SCHÄFER, Recensión de Grünwald, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?, 2001, GA 2003, 69 ss.; SCHAFFSTEIN, Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts, FS-Gleispach, 1936, 70 ss.; Handlungspflicht und Pflichtenverletzung, DStR 1936, 113 ss.; Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, FS-Honig, 1970, 169 ss.; Die strafrechtliche Verantwortlichkeit Vollzugsbediensteter für den Missbrauch von Vollzugslockerungen, FS-Lackner, 1987, 795 ss.; SCHALL, Umweltschutz durch Strafrecht: Anspruch und Wirklichkeit, NJW 1990, 1263 ss.; Systematische Übersicht über die Rechtsprechung zum Umweltstrafrecht – Teil 2, NSTz 1992, 265 ss.; Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, FS Rudolphi, 2004, 272 ss.; SCHEFFLER, Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen seitens des Angeklagten, GA 1993, 341 ss.; SCHINK, Vollzug des Umweltstrafrechts durch die Umweltbehörden?, DVBl 1986, 1073 ss.; SCHLÜCHTER, Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS 1976, 793 ss.; Der Kaufmann als Garant im Rahmen der unerlaubten Gewässerverunreinigung, FS-Salger, 1995, 139 ss.; SCHMID, Das strafbare Unterlassen in heutiger Rechtsgeltung, DStR 1936, 424 ss.; SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Tübingen, JCB Mohr, 1958; Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, FS-Gallas, 1973, 81 ss.; Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht: Terminologie und Begriffe, GdS-Arm. Kaufmann, 1989, 131 ss.; Über Unterlassungsdelikte. Terminologie und Begriffe, FS-Müller-Dietz, 2001, 761 ss.; C. P. SCHMIDT, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit Betriebsangehöriger für Arbeitsunfälle,

Bochum, Brockmeyer, 1986; EB. SCHMIDT, Der Arzt im Strafrecht, Leipzig, Weicher, 1939; SCHMITT, Rud., Zur Systematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1959, 432 ss.; Der Arzt und sein lebensmüder Patient, JZ 1984, 860 ss.; Ärztliche Entscheidungen zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht, JZ 1985, 365 ss.; SCHNEIDER, Ärztliche Entscheidungen zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht, JZ 1985, 365 ss.; Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, Berlin, Duncker & Humblot, 1997; Zur Anzeigepflicht nicht steuerlicher Straftaten durch Finanzbeamten ..., wistra 2004, 1 ss.; SCHNEIDER/GOTTSCHALDT, Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance Beaufragten in Unternehmen, ZIS 2011, 573 ss.; SCHÖCH, Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen, NStZ 1995, 154 ss.; SCHÖNE, Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung "unechter" Unterlassungsdelikte, Köln, Heymanns, 1974; Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit, JZ 1977, 150 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/BOSCH, StGB, 29.<sup>a</sup> 2014, 30.<sup>a</sup> 2019, § 13; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/HEINE, StGB, 26.<sup>a</sup> 2000, antes del § 25; SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE/WEIßER, StGB, 29.<sup>a</sup> 2014, 30.<sup>a</sup> 2019, antes del § 25; SCHUBARTH, Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherrn, SchwZStr 1976, 370 ss.; SCHULTZ, Recensión de Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, SchwZStr 77 1961, 208 ss.; Amtswalterunterlassen, Berlin, Duncker & Humblot, 1984; Aufhebung von Garantstellungen und Beteiligung durch Unterlassen – BGH, NJW 1984, 2639, JuS 1985, 270 ss.; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen, O. Schwarz, 1971 [reeditado como t. II de sus Gesammelte Werke (Obras Completas) titulado: Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolges, Berlin/Boston, de Gruyter, 2020] = Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo; pról. Gracia Martín, Madrid, Pons, 2009; Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA 1974, 231 ss.; Moderne Tendenzen der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 647 ss.; Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Starecht, ZSchwR 1978, 131 ss.; Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Köln etc., Heymanns, 1979; Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, wistra 1982, 41 ss.; Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96 1984, 287 ss.; Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, 341 ss.; Anmerkung zu (Comentario a) BGH 3.5.1984 (4 StR 266/84), StV 1985, 229 ss.; Strafbarkeit von Amtsträgern, wistra 1986, 235 ss.; Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, trad. Brückner/Lascaraín, ADPCP 1988, 529 ss.; LK StGB, 11.<sup>a</sup> 1993, 12.<sup>a</sup> 2007, § 14/1 ss.; Die strafrechtliche Verantwortung der Unternehmensleitung im Bereich von Umweltschutz und technischer Sicherheit, en: Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder (eds.), Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen, Heidelberg, Decker's, 1994, 137 ss.; Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland, en Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995, 49 ss. = (vers. resumida:) Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania, trad. S. Bacigalupo, en Gimbernat/Schünemann/Wolter, Omisión e imputación objetiva en DP, 1994, 11 ss.; Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld, en: Coimbra-Symposium f. Roxin, 1995, 66 ss. = La función de la delimitación de injusto y culpabilidad, en LH-Roxin (Coimbra), 1995, 205 ss.; Unternehmenskriminalität, FG-BGH 50 Jahre, IV, 2000, 621 ss.; Resp. penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación, trad. Spínola/Sacher, ADPCP 2002, 9 ss.; Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft - Eine Bestandsaufnahme, GdS-Meurer, 2002, 37 ss.; Zur Regelung der unechten Unterlassung in der Europa-Delikten, en Tiedemann (ed.), Wirtschaftstrafrecht in der Europäischen Union, 2002, 103 ss. = Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los eurodelitos, en Tiedemann (dir.)/Niето

(coord.), Eurodelitos: El DP económico de la Unión Europea, UCLM, 2005, 35 ss.; Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität - am Beispiel des Arbeitsschutzstrafrecht in europäischer Perspektive, FS-Rudolphi, 2004, 297 ss.; El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría, incluyendo el actuar en lugar de otro, trad. Sacher, DPCr 75, 2004, 13 ss.; tb.en RDP 2005-2, 29 ss.; tb. en LH-Rodríguez Mourullo, 2005, 981 ss.; El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión, LH-Gimbernat, 2008, 1609 ss.; tb. en Bernal Acevedo (comp.), Temas actuales en la dogmática penal, Bogotá, Ibáñez, 2013, 7 ss.; Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt. Dogmenhistorische, rechtsvergleichende und sachlogische Auswegweiser aus einem Chaos, FS-Amelung, 2009, 303 ss.; Die unechten Unterlassungsdelikte: Zehn Kardinalfragen, -fehler und -fixpunkte, GA 2016-5 (FG-Roxin 85.), 301 ss. = Los delitos omisivos impropios: diez preguntas, errores y puntos de referencia fundamentales, trad. S. Escobar Vélez, Libt 5, 2016 (LAm-Roxin 85), 117 ss.; LK StGB, 12.ª 2007, § 14/1 ss.; La tesis de Jakobs sobre los delitos de infracción de deber vs. dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico en los delitos especiales, trad. C. Pérez-Sauquillo, ForFICP 2017-1, 245 ss.; SCHÜRMAN, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, Berlin, Duncker & Humblot, 1986; SCHWAB, Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungen, Frankfurt, Lang, 1996; SCHWALM, Begehen durch Unterlassen, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, XII, Bonn, 1959, 74 ss.; SCHWARZ, A., Die strafrechtliche Haftung des Compliance-Beauftragten, wistra 2012, 13 ss.; SCHWARZ, J., Die Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten, tesis doct., Univ. Freiburg, 1967; SCHWARZ, W., Die Kausalität bei den sog. Begehungsdelikten durch Unterlassung, Berlin, Duncker & Humblot, 1929 (reimpr. Frankfurt, Keip); SEEBALD, Nachweis der modifizierenden Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens, GA 1969, 193 ss.; SEEBODE, Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts, FS-Spendel, 1992, 317 ss.; SEELMANN, Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik, GA 1989, 241 ss.; NK, 4.ª 2013, § 13; SEIBERT, Die Garantenpflichten beim Betrug, Hamburg, Dr. Kovač, 2007; SEIER, Probleme des Umweltstrafrechts, JA 1985, 23 ss.; Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Parte 2), JA 1990, 382 ss.; SEPAROVIC, Die Behandlung der Unterlassungsdelikte in Jugoslawien, ZStW 77 1965, 149 ss.; SERING, Beihilfe durch Unterlassen, Münster, LIT, 2000; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, La responsabilidad penal de los miembros de las fuerzas policiales por no impedir delitos, RDPCr 2 2009, 127 ss.; SGUBBI, Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, Padova, Cedam, 1975; SIEBER, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der "passiven" Gesprächsteilnahme, JZ 1983, 431 ss.; Internationales Strafrecht im Internet, NJW 1999, 2065 ss.; SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema, pról. Mir Puig, Barcelona, Libr. Bosch, 1986, 311 ss.; 2.ª ed., Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2003, 351 ss.; Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros, ADPCP 1987, 451 ss.; La responsabilidad penal del médico por omisión, LL 1987-1, 955 ss. = en Mir Puig (ed.), Avances de la Medicina y Derecho penal, Barcelona, 1988, 125 ss.; Problemas del tipo de omisión del deber de socorro, ADPCP 1988, 561 ss.; Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario, CPC 1989, 367 ss.; Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario. ¿Sólo responsabilidad patrimonial de la administración o también responsabilidad penal de los funcionarios?, RJCcat 1992, 439 ss.; Política criminal y reforma legislativa en la "comisión por omisión" (El art. 10 del Proyecto de CP de 1992), LH-del Rosal, 1993, 1069 ss.; Comisión y omisión. Criterios de distinción, CDJ 1994-XXIII, 13 ss.; Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español, LH-Roxin (Coimbra), 1995, 357 ss.; La comisión por omisión, en Asúa Batarrita (ed.), Jornadas sobre el nuevo CP de 1995, 1997, 37 ss.; en SILVA, El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, J.M. Bosch, 1997, 51 ss.; Art. 11, en Cobo (dir.), Coment CP, I, 1999, 441 ss.; Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión: Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 CP, en Problemas específicos de la aplicación del CP



(Manuales de Formación Continuada 4), Madrid, CGPJ, 1999, 153 ss.; Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte, FS-Roxin, 2001, 641 ss.; Omisión impropia o comisión por omisión, en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 970 ss.; Estudios sobre los delitos de omisión, Lima, Grijley, 2004; Deberes de vigilancia y Compliance empresarial, en Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), Compliance y teoría del DP, 2013, 79 ss.; SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ, (coord.), Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas, Barcelona, Atelier, 2013; SILVELA, DP, II, 1879, 126 ss.; 2.<sup>a</sup> 1908, 106 ss.; SOFOS, Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen, Berlin, Duncker & Humblot, 1999; SOLA RECHE, La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP, Granada, Comares, 1999; Delitos de omisión pura y sistema del Derecho penal, en Temas de Derecho penal: LH-Cornejo, 2008, 81 ss.; SOWADA, Strafbares Unterlassen des behandelnden Arztes, der seinen Patienten nach einem Selbst-mordversuch bewußtlos auffindet?, Jura 1985, 75 ss.; Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt, Jura 1986, 399 ss.; Zur Garantenstellung von Lockspitzeln, FS-Rengier, 2018, 103 ss.; SPANGENBERG, Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit, NArCr 4 1821, 527 ss.; SPASARI, L'omissione nella teoria della fattispecie penale, Milano, Giuffrè, 1957; SPENDEL, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, FS-Eb. Schmidt, 1961, 182 ss.; Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, JZ 1973, 137 ss.; Kausalität und Unterlassung, FS-Herzberg, 2008, 247 ss.; SPRING, Die Garantenstellung des Compliance Officers oder: Neues zur Geschäftsherrenhaftung, GA 2010, 222 ss.; STEIN, Garantenpflichten aufgrund vorsätzlich-pflichtwidriger Ingerenz, JR 1999, 265 ss.; SK, 9.<sup>a</sup> 2017, antes del § 13/1 ss.; STEINER, Die Begehung schlichter Tätigkeitsdelikte durch Unterlassen, de lege lata et ferenda, MDR 1971, 260 ss.; STELLA, La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria, RiDPP 1988, 1217 ss., 1249; Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica, CasPen 2005, 1062 ss.; tb. en StOn-Marinucci, II, 2006, 1893 ss.; STILE, Omissione, rifiuto e ritardo di atti di ufficio, Napoli, Giovane, 1974; STOFFERS, Die Formel vom "Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit" bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?, Berlin, Duncker & Humblot, 1992; Die Rechtsfigur "Unterlassen durch Tun" (Teil 1, Teil 2), JA 1992, 138 ss., 177 ss.; Sterbehilfe: Rechtsentwicklungen bei der Reanimator-Problematik, MDR 1992, 621 ss.; STORSBERG, Der gegenwärtige Umfang der Nothilfepflicht im Strafgesetzbuch, tesis doct. Univ. Göttingen, 1952; STRATENWERTH, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, FS-Gallas, 1973, 227 ss.; AT, 4.<sup>a</sup> 2000, § 13/1 ss., 12 ss., § 14; STRATENWERTH/KUHLEN, AT 6.<sup>a</sup> 2011, § 13 1 ss., 12 ss., § 14; STREE, Teilnahme am Unterlassungsdelikt, GA 1963, 1 ss.; Garantenstellung kraft Übernahme, FS-H. Mayer, 1966, 145 ss.; Ingerenzprobleme, FS-Klug, II, 1983, 395 ss.; Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung, JuS 1985, 179 ss.; Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten, FS-Lenckner, 1998, 393 ss.; STRENG, "Passives Tun" als dritte Handlungsform - nicht nur beim Betrug, ZStW 122 2010, 1 ss.; STRUENSEE, Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten, Bonn, Rohrscheid, 1971; Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte, JZ 1977, 217 ss.; Handeln und Unterlassen, Begehungs- und Unterlassungsdelikt, FS-Stree/Wessels, 1993, 133 ss.; Actuar y omitir: delitos de comisión y de omisión, (trad. Ziffer), Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1996; tb. como art. en Struensee, Avances del pensamiento penal y procesal penal, Asunción, Continental, 25 ss.; STÜBEL, Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen. Ein Beitrag zur Criminalgesetzgebung und zur Berichtigung der in den Criminalgerichten geltenden Grundsätze, Dresden, 1828; TAG, Nichtanzeige geplanter Straftaten, unterlassene Hilfeleistung oder Freispruch?, JR 1995, 133 ss.; Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis. Eine arztstrafrechtliche Untersuchung, Berlin/Heidelberg, Springer, 2000; TAVARES, As controvérsias em torno dos crimes omissivos, Rio de Janeiro, ILACP, 1996; Noch eine Bemerkung zum Unterlassen, FS-Volk, 2009, 813 ss.; Teoria dos crimes omissivos, tesis doct., 2011, Univ. do Estado do Rio de Janeiro, 2011; Teoria dos crimes omissivos, Pról. Hassemer, São Paulo, M. Pons, 2012; TENCKHOFF, Garantenstellung des Wohnungsinhabers bei Angriffen auf einen Gast – BGHSt 27, 10, JuS 1978, 308 ss.; Zur

Anwendbarkeit des § 13 StGB auf schlichte Tätigkeitsdelikte, FS-Spendel, 1992, 347 ss.; TENTER, Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen, wistra 1994, 247 ss.; TERRADILLOS, DP de la empresa, Madrid, Trotta, 1995; TERRAGNI, Omisión impropia y posición de garante, RDPCr 6, 1996, 1227 ss.; LL arg. LXI n° 226, 24-11-1997; Illecito omissivo impropio e posizione di garanzia, GiurIt 1998, 1081 ss.; TESAURO, L'omissione nella teoria dell reato, StOn-Massari, 1938, 469 ss.; L'omissione nella teoria dell reato, ForP 1946, 5 ss.; THEILE, Verdeckungsabsicht und Tötung durch Unterlassen, JuS 2006, 110 ss.; TIEDEMANN, Die Neuordnung des Umweltstrafrechts, Berlin, de Gruyter, 1980; TIMPE, Strafmilderung des Allgemeinen Teils und das Doppelverwertungsverbot. Untersuchungen zu den §§ 23 Abs. 2, 13 Abs. 2, 17 Satz 2, 35 Abs. 1 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB, Berlin, Duncker & Humblot, 1983; Anmerkung zu BGH 36, 227, JR 1990, 428 ss.; Wirtschaftsstrafrecht, AT, 4.<sup>a</sup>, 2014; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, ¿Y si el Sheriff Calder hubiera permitido el linchamiento de Bubber Reeves? La Jauría Humana y el funcionario policial como garante de la evitación de delitos; en Vives Antón/ et.al. (dirs.), Crímenes y castigos, Miradas al DP a través del arte y la cultura, Valencia, Tirant, 2014, 859 ss.; La responsabilidad omisiva de los funcionarios públicos por la no evitación de delitos: un (no) sistema insostenible, RDPCr 22 2019, 181 ss.; Conductas omisivas de funcionarios inspectores (en especial, en materia medioambiental y urbanística), LH-Górriz, 2020, 821 ss.; TORÍO LÓPEZ, Aspectos de la omisión especial de socorro, ADPCP 1967, 581 ss.; Límites político-criminales del delito de comisión por omisión, ADPCP 1984, 693 ss.; TRAEGER, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des B.G.B., Marburg, Elwert, 1904; Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, Marburg, Elwert, 1913 (tb. en FG-Enneccerus, 1913, 5 ss.); TRAPERO, La participación omisiva en el delito de abusos sexuales: ¿la guarda de hecho como posible fundamento de la posición de garante?, AFDOu 2003, 449 ss.; TRIFFTERER, Umweltstrafrecht. Einführung und Stellungnahme zum Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität, Baden-Baden, Nomos, 1980; TRÖNDLE, Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen. Materielles Recht, GA 1973, 295 ss.; Wann ist Sterbehilfe ein rechtliches Problem?, ZStW 99 1987, 31 ss.; Strafrechtlicher Lebensschutz und Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Betrachtungen zum "Ravensburger Fall", FS-Göppinger, 1990, 595 ss.; Verwaltungshandeln und Strafverfolgung – Konkurrierende Instrumentarien des Umweltrechts?, GdS-Meyer, 1990, 607 ss.; ULMER, Die deliktische Haftung aus der Übernahme von Handlungspflichten, JZ 1969, 163 ss.; ULSENHEIMER, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Bonn, Röhrscheid, 1965; Strafbarkeit der Garanten bei Nichtvornahme der einzig möglichen, aber riskanten Handlung, JuS 1972, 252 ss.; Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung, GA 1972, 1 ss.; VACCHELLI, En los límites del rol. Los conocimientos especiales del funcionario público, InDret 2017-4; VANDERVEEREN, Le délit d'omission, RDrPCr 1949-1950, 681 ss.; VANNINI, I reati commissivi mediante omissione, Roma, Athenaeum, 1916; VARONA, Derecho penal y solidaridad. Teoría y práctica del mandato penal de socorro, Madrid, Dykinson, 2005; DE LA VEGA MARTINIS, La causalidad en la omisión, DPCo 23 2008, 83 ss.; VELÁSQUEZ, Manual PG, 4.<sup>a</sup>, 2010, 416 ss.; VENEZIANI, Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico, StudOn-Marinucci, II, 2006, 1969 ss.; VERREL, Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz, JZ 1996, 224 ss.; Der Anstaltsleiter als Garant für die Verfolgung von Straftaten während des Strafvollzugs?, GA 2003, 595 ss.; DE VICENTE REMESAL, Responsabilidad penal de directivos, administradores o representantes de empresas por infringir deberes de vigilancia y control, ForFICP 2014-2, 79 ss.; tb. RP 34 2014, 170 ss.; Omisión del deber de vigilancia en la empresa: comisión por omisión y tipificación expresa del favorecimiento omisivo de delitos, LH-Schünemann, II, 2014, 7 ss.; DI VICO, L'omesso impedimento di un evento AnnaliDPP 1933, 764 ss.; VIDAL, Delitos de omisión, DocP 0, 1977, 165 ss.; VIELVA, La eutanasia y el debate sobre la diferencia entre matar y dejar morir, en Miscelánea Comillas, 58, 2000; VIGANÒ, Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica, RItdPP 2009, 1679 ss.; VILLAVICENCIO, PG, 2006, 653 ss., 660 ss.; VIVES ANTÓN, en Vives (coord.), Comentarios al CP de 1995, I, 1996, Art. 11. La comisión por omisión,



en Cobo (dir.), Coment CP, I, 1999, 489 ss.; VOGEL, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikte, Berlin, Duncker & Humblot, 1993; VOGLER, Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, FS-Lange, 1976, 265 ss.; VOGT, Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung, ZStW 63 1950/51, 381 ss.; VOLK, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme, FS-Tröndle, 1989, 219 ss.; VV. AA., CDJ 23 1994 (La comisión por omisión); WACHSMUTH/SCHREIBER, Sicherheit und Wahrscheinlichkeit – juristische und ärztliche Aspekte, NJW 1982, 2094 ss.; WAGNER, Selbstmord und Selbstmordverhinderung, Karlsruhe, Müller, 1975; WALDER, Die Kausalität im Strafrecht, SchwZSt 93 1977, 113 ss., 152 ss.; S. WALTER, Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht, Frankfurt etc., P. Lang, 2000; T. WALTER, § 298 StGB und die Lehre von den Deliktstypen, GA 2001, 131 ss.; Positive und negative Erfolgsdelikte - Handeln und Unterlassen, ZStW 116, 2004, 555 ss.; LK I, 12.<sup>a</sup> 2006/07, antes del § 13/86 ss.; WARNEKE, Die Garantenstellung von Compliance-Beauftragten, NStZ 2010, 312 ss.; von WEBER, H., Grundriß des deutschen Strafrechts, 2.<sup>a</sup> 1948, 57 ss.; WEBER, U., Garantenstellung kraft Sachherrschaft?, FS-Oehler, 1985, 83 ss.; Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Bürgermeister und Leitenden Verwaltungsbeamten im Umweltstrafrecht, Stuttgart, Boorberg, 1988; WEIGEND, Zur Frage eines “internationalen” Allgemeinen Teils, FS-Roxin, 2001, 1375 ss.; Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 116, 2004, 999 ss.; LK I, 12.<sup>a</sup> 2006/07, 13.<sup>a</sup> 2019, § 13; WEIGL, Unterlassung und primäre Handlungspflichten, tesis doct. Univ. München, 1970; WEIßER, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, Berlin, Duncker & Humblot, 1997; WELP, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, Berlin, Duncker & Humblot, 1968; Anmerkung zu BGH 23, 327, JZ 1971, 433 ss.; WELZEL, Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte, NJW 1953, 327 ss.; Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958, 494 ss.; Anmerkung zu OLG Karlsruhe v. 15.10.1959, JZ 1960, 179 ss.; Lehrbuch, 11.<sup>a</sup> 1969, 207 ss.; WENGENROTH, Die Verwirklichung der gefährlichen Körperverletzungen durch Unterlassen, JA 2014 428 ss.; WERNICKE, Zur Strafbarkeit der Amtsträger von Wasseraufsichtsbehörden bei Unterlassungen, ZfW 1980, 261 ss.; WESSELS, Recensión del libro de Petters-Preisendanz, StGB mit Erläuterungen und Beispielen, 25. Aufl., JZ 1967, 191 ss.; AT, 22.<sup>a</sup> 1992, § 16; WESSELS/BEULKE, AT, 40.<sup>a</sup> 2010, nm. 734 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.<sup>a</sup> 2020, nm. 1151 ss., 1166 ss.; WILENMANN, Sobre la estructura argumentativa de los delitos de omisión impropia, LH-Etcheberry, 2016, 275 ss.; WILHELM, Verdeckungsmord durch Unterlassen nach bedingt vorsätzlicher Totschlaghandlung, NStZ 2005, 177 ss.; Hilfeleistungspflichten unter Straftätern, NStZ 2009, 15 ss.; WINKELBAUER, Die strafrechtliche Verantwortung von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, NStZ 1986, 147 ss.; Anmerkung zu BGH v. 15.7.1986, JZ 1986, 1119 ss.; WINKEMANN, Probleme der Fahrlässigkeit im Umweltstrafrecht: Erläutert anhand des § 324 III StGB, Frankfurt, Lang, 1991; WINTER, Der Abbruch rettender Kausalität, Frankfurt etc., Lang, 2000; WITTING, Recensión de Matt, Kausalität aus Freiheit, 1994, GA 1996, 140 ss.; WOHLERS/GAEDE, NK, 4.<sup>a</sup> 2013, § 13/1 ss.; E. A. WOLFF, Kausalität von Tun und Unterlassen, Heidelberg, Müller, 1964; WOLFLAST, Anmerkung zu BGH v. 20.5.1980, NStZ 1981, 219 ss.; WOMELSDORF, Zur Problematik des Versuchs beim unechten Unterlassungsdelikt, tesis doct. Univ. Münster, 1976; WÜRTEMBERGER, Zur Kausalität der Unterlassung, ZAKDR 1942, 167 ss.; WYBITUL, Strafbarkeitskriterien für Compliance-Verantwortliche, BB 2009, 25 90 ss.; WYBITUL/KOYUNCU, Zur Garantenstellung, Haftung und Strafbarkeit des Compliance Officers - unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen BGH-Rechtsprechung, RuV 2009-6; ZACZYK, Das Unrecht der versuchten Tat, Berlin, Duncker & Humblot, 1989; Zur Garantenstellung von Amtsträgern, FS-Rudolphi, 2004, 361 ss. = Sobre la posición de garante de los funcionarios, en Libertad, derecho y fundamentación de la pena, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2010, 321 ss.; ZAFFARONI, Tratado III, 1981, 455 ss.; Panoramica attual da problematica da omissão, RDPCr bras., 33 1982, 30 ss.; Qui peut et n'empêche pêche, pero no delinque, LH-Barbero, 2001, 1389 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR,

PG, 2.<sup>a</sup> 2002, 574 ss.; ZEITLER, Die strafrechtliche Haftung für Verwaltungsentscheidungen nach dem neuen Umweltstrafrecht, tesis doct. Tübingen, 1982; ZUGALDÍA, Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del art. 489 bis, CPC 1984, 571 ss.; Eutanasia y homicidio a petición, RFDUGr 13 1987, 281 ss.; ZUGALDÍA (DIR.), Fund, 4.<sup>a</sup> 2010: v. Pérez Alonso.

### **Sobre omisión en general y omisión propia o pura:**

ACHENBACH, Beteiligung am Suizid und Sterbehilfe, Jura 2002, 542 ss.; ALASTUEY DOBÓN, Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del TS, ADPCP 1992, 969 ss.; ALCÁCER, Como cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad, LH-Ruiz Antón, 2004, 21 ss., 43 ss.; ANTERIST, Anzeigepflicht und Privatsphäre des Staatsanwalts, 1968; ARÁUZ ULLOA, El delito de omisión del deber de socorro: Aspectos fundamentales, pról. Luzón Peña, Valencia, Tirant, 2005; AST, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgsszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt, Berlin, Duncker & Humblot, 2010; BACIGALUPO ZAPATER, Conducta precedente y posición de garante en el DP, ADPCP 1970, 35 ss.; Delitos improprios de omisión. Con un estudio analítico del tema en la jurisprudencia argentina referente a los delitos de homicidio, lesiones, estupro y estafa, Buenos Aires, Pannedille, 1970; 2.<sup>a</sup> ed., BdeF, 1983; Bogotá, Temis, 1983; Delitos improprios de omisión, Madrid, Dykinson, 2006; La “ayuda omisiva” al suicidio y la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo penal en la dogmática española, en: Gimbernat/Schünemann/ Wolter (eds.), Omisión e imputación objetiva en DP, 1994, 25 ss.; La regulación de las conductas omisivas en el nuevo CP, CDJ 1996-XXVII (El sistema de responsabilidad en el nuevo CP), 11 ss.; BAIER, Unterlassungsstrafbarkeit trotz fehlender Handlungs- oder Schuldfähigkeit – zugleich ein Beitrag zur Rechtsfigur der omissio libera in causa, GA 1999, 272 ss.; BAMBERGER, Versuch beim Unterlassungsdelikt, tesis doct. Univ. Bonn, Berlin, Duncker & Humblot, 1978; BARTH, Volkische Treupflicht und nationalsozialistisches Strafrecht, DR 1935, 523 ss.; BAUMANN, AT, 8.<sup>a</sup> 1977, 240 ss.; BAUMANN/WEBER, AT, 9.<sup>a</sup> 1985, 232 ss.; BEHRENDT, Die Unterlassung im Strafrecht, 1979; BELING, Grundzüge des Strafrechts, 2.<sup>a</sup> 1902, 6.<sup>a</sup>-7.<sup>a</sup> 1920; Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen, 1906, reimpr. Scientia Vlg., Aalen, 1964, 9 ss.; BLOY, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1985; Anstiftung durch Unterlassen?, JA 1987, 490 ss.; BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, Stuttgart, Thieme, 1968; AT, 3.<sup>a</sup> 1979, 44 ss.; BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.<sup>a</sup> 1987, 42 ss.; BONUCCI, L’omissione nel sistema giuridico, Anali dell’Univ. Perugia 1911; BÖRKER, Der Irrtum des Unterlassungstäters über die Rechtspflicht zum Handeln, JR 1956, 87 ss.; BOSCARELLI, Compendio DP, PG, 1.<sup>a</sup>1973/8.<sup>a</sup> 1994, nm. 120; BOSCH, Das Lächeln der Lisa, JA 2007, 418 ss.; BOTTEK, Unterlassungen und ihre Folgen. Handlungs- und kausalitätstheoretische Überlegungen, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014; VON BUBNOF, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, Heidelberg, C. Winter, 1966; CADOPPI, La distinzione fra reato omissivo proprio ed improprio. Rilievi critici, Reggio Emilia, A.G.E., 1984; tb. en Studi Parmesi, 36, 1984, 143 ss.; Il reato omissivo proprio, I y II, Padova, Cedam, 1988; “Non evento” e beni giuridici “relativi”: spunti per una reinterpretazione dei reati omissivi propri in chiave di offensività, IP 1989, 373 ss.; CARACCIOLI, Omissione, NDI, XI, 1965, 895 ss.; Il tentativo nei delitti omissivi, Milano, Giuffrè, 1975; CARNELUTTI, Illiceità penale dell’omissione, AnnaliDPP 1933, 1 ss.; CEREZO, Estudios sobre la reforma penal española, Madrid, Tecnos, 1993, 14, 201; Curso III, 2001, 252 ss.; PG, III, 2008, 973 ss.; CRAMER, Die Rechtspflicht des Aufsichtsrates zur Verhinderung unternehmensbezogener strafbarer Handlungen und Ordnungswidrigkeiten, FS-Stree-/Wessels, 1993, 563 ss.; Teilnahmeprobleme im Rahmen des § 330a, GA 1961, 97 ss.; CUADRADO RUIZ, La comisión por omisión como problema dogmático, ADPCP 1997, 387 ss.; La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario. Análisis crítico del art. 363 CP (pról. Muñoz Conde), Barcelona, Bosch, 1998; La posición de garante, RDPCr 6 2000, 11 ss.; CUELLO CONTRERAS, La justificación del comportamiento omisivo, ADPCP 1990, 497 ss.; PG II, 2009, 441 ss., XVI/1 ss.; ¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso?, CPC 2012, 97 ss.; tb. en su Teoría del delito, BdeF, 2021, 133 ss.; CUERDA ARNAU, Límites constitucionales de la comisión por omisión, LH-Vives, 2009, 415 ss.; CUERDA RIEZU, La colisión de deberes en DP, Madrid, Tecnos, 1984; Hechos omisivos y causas de justificación. En particular: la colisión de deberes,

en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.), *Omisión e imputación objetiva en DP*, Madrid, 1994, 51 ss.; CZERNER, *Das Abstellen des Respirators an der Schnittstelle zwischen Tun und Unterlassen bei der Sterbehilfe*, JR 2005, 94 ss.; CZYCHOWSKI, *Primat des Strafrechts im Umweltschutz*, en: Gesellschaft für Umweltrecht (ed.), *Dokumentation zur 7. Fachtagung*, 1983, 68 ss.; *Zur Erörterung des strafrechtlichen Gewässerschutzes auf der 7. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V.*, ZfW 1984, 263 ss.; DAHM, *Bemerkungen zum Unterlassungsproblem*, ZStW 59, 1939, 133 ss.; VON DELLINGSHAUSEN, *Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflichten des Arztes*, Düsseldorf, Mannhold, 1981; DEMETRIO CRESPO, *Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas*, en Serrano-Piedecabras/Demetrio (dirs.), *Cuestiones actuales de DP empresarial*, Madrid, Colex, 2010, 11 ss.; DENCKER, *Ingerenz: Die defizitäre Tathandlung*, FS-Stree/Wessels, 1993, 159 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión ¿Un caso de dolo alternativo?* (Comentario a la STS 9-X-1991), PJ 24 1991, 203 ss.; DOPICO, *Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos a conductas ilícitas*, ADPCP 2002, 235 ss.; DROST, *Der Aufbau der Unterlassungsdelikte*, GS 109 1937, 1 ss.; DUTTWILER, *Liability for Omission in International Criminal Law*, ICLR 6 2006, 1 ss.; ENGISCH, *Besprechung über Gerhart Husserl, Negatives Sollen im Bürgerlichen Recht. Studien zur Theorie der Unterlassung, zur Theorie und Dogmengeschichte des Schuldverhältnisses*, Breslau, Ferdinand Hirt, 1931, en MSchKrim 24, 1933, 237 ss.; *Der Arzt im Strafrecht*, MSchKrim 1939, 414 ss.; *Tun und Unterlassen*, FS-Gallas, 1973, 163 ss.; *Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe*, Dreher-FS, 1977, 309 ss.; FEUERBACH, *Lb*, 14.<sup>a</sup>, 1847, § 89 ss.; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, Giuffrè, 1979; *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, ArchPen 1983, 3 ss.; FIANDACA/MUSCO, *PG*, 7.<sup>a</sup> 2014, 615 ss.; FIORE/FIORE, *PG*, 5.<sup>a</sup> 2016, 251 ss.; FISCHER, *StGB*, 69.<sup>a</sup> 2022, antes del § 13/16 ss., § 13/1 ss.; FLISFISCH FERNÁNDEZ, *La omisión*, Univ. Santiago de Chile, 1968; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1990; FREIENSTEIN, *Lasst sich die Strafbarkeit von Unterlassungsdelikten auch auf die Verletzung sittlicher Pflichten zurückführen?*, tesis doct. Univ. Köln, 1936; FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln etc., Heymanns, 1992; FRISCH, *Strafrecht und Solidarität. Zugleich zu Notstand und unterlassener Hilfeleistung*, GA 2016, 121 ss. = *DP y solidaridad A la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro*, trad. P.Ziffer/ L.E. Rojas, InDret 2016-4; GAEDE, *NK*, 5.<sup>a</sup> 2017, § 323 c; GALIANI, *Sul fondamento ontologico dell'omissione*, ForP 1963, 306 ss.; *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Napoli, Jovene, 1980; GALLAS, *Zur Revision des § 330 c StGB*, JZ 1952, 396 ss. (tb. recogido en su obra: *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, 259 ss.); *Anmerkung zu BGH 2, 150*, JZ 1952, 371 ss.; *Unterlassene Hilfeleistung nach deutschem Strafrecht*, en *Deutsche Landesreferate zum IV Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Paris 1954*, Düsseldorf, Triltsch, 1955, 344 ss.; *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*, JZ 1960, 649 ss., 686 ss.; *Studien zum Unterlassungsdelikt*, Heidelberg, Decker/Müller, 1989; GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión en DP internacional*, Madrid, Aranzadi, 2016; GEILEN, *Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme*, JZ 1968, 145 ss.; *Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts*, FamRZ 1968, 121 ss.; *Probleme des § 323c*, Jura 1983, 78 ss.; v. GELDER, *Die Entwicklung der Lehre von der sog. Erfolgsabwendungspflicht aus vorangegangenen Tun im Schrifttum des 19. Jahrhunderts*, tesis doct., Marburg 1967; GEORGAKIS, *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht*, tesis doct. Univ. Leipzig, 1938; GEPPERT, *Die Beihilfe (§ 27 StGB)*, Jura 1999, 266 ss.; GIL/LACRUZ/MELENDO/NÚÑEZ, *Curso PG*, 2011, 115 ss., 275 ss. (LACRUZ); GIMBERNAT, *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, ADPCP 1987, 579 ss.; *Causalidad, omisión e imprudencia*, ADPCP 1994-3, 5 ss.; *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, ADPCP 1997, 5 ss.; *La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)*, LH-Cerezo, 2002, 685 ss.; *Die omissio libera in causa*, FS-Schünemann, 2014, 351 ss.; *A propósito de la “omissio libera in causa”*, LH-Bajo, 2016, 91 ss.; *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Handlung, Kausalität, Unterlassung*, Berlin-Münster etc., LIT, 2013; GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en DP*, Madrid, Univ. Complutense/Centro Estudios Judiciales, 1994; *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte: ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von C. Roxin*, Heidelberg, Müller, 1995; GIULIANI, *Qualche precisazione riguardo all'elaborazione del concetto penalistico di omissione*, GiustP 1962, cols. 897 ss.; GIUNTA, *La responsabilità per*



omissione, en de Francesco dir., *Un nuovo progetto di Codice penale: dagli auspici alla realizzazione?*, Torino, Giappichelli, 2001, 61 ss.; GLASER, S., *Les infractions d'omission et le problème de culpabilité*, RDrPC 1961-1962, 897 ss.; GÖHLER, *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen*, Dreher-FS, 1977, 611 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, DP PG, 1984, 577 ss.; GÓMEZ MARTÍN, *Omisión del deber de socorro, comisión por omisión y seguridad en el tráfico*, en Mir/Corcoy/Cardenal, *Seguridad vial y DP*, Valencia Tirant, 2008, 283 ss.; GÓMEZ RIVERO, *La producción del resultado muerte o lesiones en relación al supuesto agravado del art. 489 ter*, LL 1995-3, 787 ss.; *La regulación de los delitos de omisión del deber de socorro*, LL 1996-3, 1385 ss.; *La intervención omisiva en el suicidio de un tercero*, AP 1998-2, 889 ss.; GONZÁLEZ SERRANO, *Delincuencia de omisión*, ADPCP 1951, 303 ss.; GÖSSEL, *Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt*, ZStW 96 1984, 321 ss.; GRACIA MARTÍN, Art. 138, V. *El homicidio por omisión*, en: Díez Ripollés/Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia, Tirant, 1993, 71 ss.; *Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España (y II)*, AP 1994, 345 ss.; *La comisión por omisión en el DP español*, APen 1995, 683 ss. (tb. CDJ 23 1994-23: *La comisión por omisión*, 55 ss.); *Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)*, en *Modernas tendencias (Congreso UNED)*, 2001, 411 ss.; *Prólogo a Schünemann, Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Madrid, Pons, 2009, 15 ss.; GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1934; tb en RItDP 1934, 46 ss.; DP II, 1947, 34 ss.; GRÜNHUT, *Grenzen des übergesetzlichen Notstandes*, ZStW 51 1931, 455 ss.; GRÜNWALD, *Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts*, JZ 1959, 46 ss.; *Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts*, FS-H.Mayer, 1966, 281 ss.; GUARNIERI, *Il delitto di omissione di soccorso*, Padova, Cedam, 1937; GÜNTGE, *Begehen durch Unterlassen. Der gesetzliche Anwendungsbereich des § 13 StGB*, Baden-Baden, Nomos, 1995; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung: ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002; HAFFKE, *Unterlassung der Unterlassung? Zur logischen, ontologischen und teleologischen Kritik des Umkehrprinzips bei Armin Kaufmann*, ZStW 87 1975, 44 ss.; HALL, *Über Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung: Allgemeines und Besonderes zum sog. Kokainfall. Ein juristisches Bild*, GdS-Grünhut, 1965, 213 ss.; HARDWIG, *Vorsatz bei Unterlassungsdelikten*, ZStW 74 1962, 27 ss.; HARZER, *Die tatbestandmässige Situation der unterlassenen Hilfeleistung gemäss § 323c*, Frankfurt, Klostermann, 1999; HAVA GARCÍA, *Bien jurídico protegido y configuración del injusto en el delito de omisión del deber de socorro*, LH-Huerta, 2020, 681 ss.; HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, FS-Mezger, 1954, 249 ss.; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, de Gruyter, 1972; HIRSCH, H.J., *Behandlungsabbruch und Sterbehilfe*, FS-Lackner, 1987, 597 ss.; v. HIRSCH/NEUMANN/SEELMAN (EDS.), *Solidarität im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2013; HOFFMANN-HOLLAND, *Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen*, ZStW 118 2006, 620 ss.; HONIG, *Zur Frage der Strafbarkeit der Unterlassung im römischen Recht*, FS-E. Heilfron, 1930, Berlin, Spaeth & Linde, 63 ss.; *Die Entwicklungslinie des Unterlassungsdelikts vom Römischen bis zum Gemeinen Recht*, FS-Rich. Schmidt, Leipzig, Hirschfeld, 1932, 3 ss.; HÖPFNER, *Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt*, ZStW 36 1915, 103 ss.; HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, espec. 15 ss., 331 ss.; HRUSCHKA, *Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit*, FS-Bockelmann, 1979, 421 ss.; HUERTA TOCILDO, *¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?*, CPC 1982, 231 ss.; *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, Ministerio Justicia, 1987; *Principales novedades de los delitos de omisión en el CP de 1995*, Valencia, Tirant, 1997; HUSCHENS, *Die unterlassene Hilfeleistung im nationalsozialistischer Strafrecht*, tesis doct., Freiburg, 1938; HUSSERL, G., *Negatives Sollen im Bürgerlichen Recht. Studien zur Theorie der Unterlassung, zur Theorie und Dogmengeschichte des Schuldverhältnisses*, Breslau, F. Hirt, 1931; JÄGER, *Anmerkung zu BGH 3 StR 89/15/ BGHSt. 61, 21 ss.*, JA 2016, 392 ss.; *Die objektive Zurechnung als kognitiver Bezugspunkt im Tatentschluss des versuchten Unterlassungsdelikts*, FG-Roxin 4: GA 2021-5, 272 ss.; JAKOBS, AT, 1983, 2.ª 1991 [PG, 2.ª 1997], 28/1 ss.; *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, München, Beck, 1992 = *El concepto jurídico-penal de acción*, trad. Cancio, Bogotá, Univ. Externado, 1996; *La competencia por organización en el delito omisivo* (trad. Peñaranda Ramos), Bogotá, Univ. Externado Colombia. Centro Invest. de DP y Filosof. del Dº, 1994; *Die*

strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Opladen, Westdeutscher Vlg., 1996 = La imputación penal de la acción y de la omisión (trad. de Sánchez-Vera), Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1996 = ADPCP 1996, 835; Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, trad. de Cancio/Feijoo, Madrid, Civitas, 2003; Problemas de legitimación del Derecho penal ¿Protección de bienes jurídicos?, trad. Polaino-Orts, IusP 1, 2015, 159 ss.; JASCHINSKI, Die Entwicklung des Begriffs ‘Erfolg’ in § 13 Abs. 1 StGB, Frankfurt etc., Lang, 1995; JESCHECK, AT, de 1.<sup>a</sup> 1969 a 4.<sup>a</sup> 1988, §§ 58-60; JESCHECK/GOLDMANN, Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht, ZStW 77 1965, 109 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.<sup>a</sup> 1996/PG 5.<sup>a</sup> 2002, §§ 58-60; JIMÉNEZ DE ASÚA, Los delitos de omisión, RDP arg. V, 1949, 309 ss.; JOERDEN, Solidaritätspflichten und Strafrecht, en v. Hirsch/Neumann/Seelman (eds.), Solidarität im Strafrecht, 2013, 49 ss.; KAHLO, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handelns, Frankfurt, V. Klostermann, 2001; KARGL, Unterlassene Hilfeleistung (§ 323c StGB), GA 1994, 247 ss.; Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen, GA 1999, 459 ss.; ARM. KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen, O. Schwarz, 1959; 2.<sup>a</sup> 1980 = Dogmática de los delitos de omisión, trad. de la 2.<sup>a</sup> ed. de Cuello Contreras/Serrano Gzlj. de Murillo, Madrid-Barcel., Pons, 2006; Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961, 173 ss.; Unterlassung und Vorsatz, FS-v. Weber, 1963, 207 ss.; KIELWEIN, Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, 225 ss.; KIENAPFEL, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, 281 ss.; KISSIN, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten, Breslau-Neukirch, A. Kurtze, 1933; KOLLMANN, Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystem, Breslau, 1908; Der Begriff des kommissiven Unterlassens, ZStW 29, 1909, 372 ss.; Der Handlungsbegriff als Grundlage der herrschenden, insbesondere durch v. Liszt vertretenen Strafrechtsdogmatik, FS-v. Liszt, 1911, 122 ss.; KREUZER, Ärztliche Hilfeleistungspflicht bei Unglücksfällen im Rahmen des § 330 c StGB, Hamburg, Appel, 1965; Die unterlassene ärztliche Hilfeleistung in der Rechtsprechung, NJW 1967, 278 ss.; KÜHL, Die Unterlassungsdelikte als Problemfall für Rechtsphilosophie, Strafrechtsdogmatik und Verfassungsrecht, FS-Herzberg, 2008, 177 ss.; Zur Anwendung des Solidaritätsbegriffs auf die unterlassene Hilfeleistungspflicht nach § 323c StGB, en: von Hirsch/Neumann/Seelmann (eds.) Solidarität im Strafrecht, , 2013, 93 ss.; KÜPER, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, 474 ss.; Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1979; KÜPPER, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, espec. 72 ss.; LACRUZ LÓPEZ, Comportamiento omisivo y DP, pról. Cerezo, Madrid, Dykinson, 2.004; Lecciones 6 (La teoría de la conducta) y 12 (El delito como conducta típica, IV. Los tipos de injusto de los delitos de omisión), en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 2011, 115 ss., 275 ss.; LAMPE, Zum Verhältnis von Handlungsrecht und Handlungspflicht, FS-Lenckner, 1998, 165 ss.; LANDECHO/MOLINA, PG, 11.<sup>a</sup>, 2020, 295; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Fundamento y límites del deber de garantía del empresario, LH-Tiedemann, 1995, 209 ss.; Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía, Madrid, Civitas, 2002; LENCKNER, Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Pflichtenkollision, MedKl 64 1969, 1000 ss.; LEONCINI, Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza, Torino, Giappichelli, 1999; v. LISZT, Lehrbuch, 1.<sup>a</sup>, 1881, 80 ss. 2.<sup>a</sup>, 1884, 116 ss., 134 ss.; LÓPEZ WARRINER, La calidad de intervención en la omisión. Una crítica al pensamiento del Prof. Dr. Luzón Peña, ForFICP 2018-1, 48 ss.; LUZÓN CUESTA, Comp PG, 25.<sup>a</sup> 2019, 94 ss.; LUZÓN DOMINGO, DP del TS, I, 1964, 47 ss.; LUZÓN PEÑA, Ingerencia, comisión por omisión y omisión de socorro (Comentario a la STS 24-4-1974), RDCir 1974, 269 ss. (vers. ampliada en: Luzón, DPCir, 1990, 167 ss.); Omisión de socorro. La “persona desamparada” en los párrafos 1.º y 3.º del art. 489 bis, RDCir 1974, 468 ss., y en Luzón, DPCir, 2.<sup>a</sup>, 1990, 195 ss.; Omisión de socorro: Distinción entre omisión propia e impropia (Comentario a la STS 3-3-1980), RDCir 1980, 386 ss. (vers. ampliada en: DPCir, 1990, 179 ss.); La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS, PJ 2 1986, 73 ss. (= LL 1986-3, 535 ss.; EPen, 1991, 225 ss.); Lecc PG, 3.<sup>a</sup> 2016, 30/1 ss.; MAIHOFFER, Der Versuch der Unterlassung, GA 1958, 289 ss.; MAIWALD, Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS 1981, 473 ss.; MANGANO, Il problema dei reati omissivi, en Il circolo giuridico L. Sampolo, Univ. Palermo, 1966; MANZINI, Tratado DP, 1948, nm. 230; MARINUCCI/DOLCINI, Manuale PG, 6.<sup>a</sup> 2017, V/10.1-3, VI/9; MARTÍNEZ-BUJÁN, DPEcon PG, 4.<sup>a</sup> 2014, 298 ss., 522 ss.; MARTÍNEZ RUIZ, Algunas consideraciones sobre la comisión por omisión y los delitos relativos a la

prostitución de menores e incapaces, PJ 46, 1997, 479 ss.; MAURACH, Handlungspflicht und Pflichtsverletzung, DStR 1936, 113 ss.; MAYER, H., Der Verbrechensbegriff, DStR 1938, 76 ss.; MAYER, U., Die besonderen Tatbestandsmerkmale der unechten Unterlassungsdelikte, tesis doct., Univ. Heidelberg, 1934; MEISTER, Echtes und unechtes Unterlassungsdelikt, MDR 1953, 649 ss.; MERKEL, A., Von den Unterlassungsverbrechen, beziehungsweise dem negativen Unrechte, und ihrem Gegensatz, und von dem Verhältnisse der ersteren zu den Polizeivergehen, en su obra: Kriminalistische Abhandlungen, II, Leipzig, Breitkopf u. Härtel, 1867, 76 ss.; MERKEL, R., Tödlicher Handlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom, ZStW 107 1995, 545 ss.; Die Abgrenzung von Handlungs- und Unterlassungsdelikt, FS-Herzberg, 2008, 193 ss.; MEYER, D., Anstiftung zum Unterlassen, MDR 1975, 286 ss.; MIR PUIG, Comentarios al Cap. primero del Tít. primero del libro primero del nuevo CP, RJCat 1997, 313 ss.; PG, 10.ª 2015/2016, 12/1 ss.; MIR PUIG/ESTRADA CUADRAS, Problemas de omisión y rechazo a la asistencia médica (Comentarios a la Jurispr. del TS), ADPCP 2009, 563 ss.; MOLKETIN, Zurechnung von Unterlassungen ..., en Blutalkohol 38 2001, 20 ss.; MONTANER FERNÁNDEZ, Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental, próls. Silva y Robles; Barcelona, Atelier, 2008; MORENO Y BRAVO, Autoría en la doctrina del TS (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión), Madrid, Dykinson, 1997; MORILLAS, PG II-1, 2008, 133 ss.; Sistema PG, 2018, reimpr 2021, 400 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP, PG, 10.ª 2019, 221 ss.; NAGLER, Die Problematik der Begehung durch Unterlassen, GS 111 1938, 1 ss.; NEUMANN, Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen, FS-Roxin, 2001, 421 ss.; NICKEL, Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz nullum crimen sine lege (At. 103 Abs. 2 GG), Berlin, Schweitzer, 1972; NINO, ¿Da lo mismo omitir que actuar?, LL arg. 1979-C, 801 ss.; NITZE, Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), Berlin, Duncker & Humblot, 1989; NOLL, M., Die Teilnahme durch Unterlassen und das Akzessorietätsprinzip, ZStW 130 2018, 1007 ss.; VON OBERBECK, Unterlassung durch Begehung, GS 88 1922, 319 ss.; OEHLER, Konkurrenzen von unechtem und echtem Unterlassungsdelikt, JuS 1961, 154 ss.; OPPEL, Versuch beim Unterlassungsdelikt, tesis doct. Univ. Wien, Wien, VWGÖ, 1991; DALL'ORA, Condotta omisiva e condotta permanente nella teoria generale del reato, Milano, Giuffrè, 1950; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp. PG, 8.ª 2019, 238 ss.; PADOVANI, DP, 1.ª 1990/12.ª 2012, V.2.6-8; PAGLIARO, Principi PG, 8.ª 2003, 341 ss.; PALAZZO, PG, 6.ª 2016, 8.ª 2021, Cap. V.1.3; PALIERO, La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici, RfML 1992, 821 ss.; PASTRANA I ICART, La responsabilidad penal del funcionario de prisiones, Madrid, Minist. de Trabajo, 1998; La responsabilitat penal del funcionari de presons: Aspectes omisius. Un estudi sobre la infracció dels deures d'intervenció en el àmbit penitenciari (pról. Mir Puig), Barcelona, J.M. Bosch, 1998; Infracción de los deberes de intervención del funcionario de prisiones y art. 11 CP, PJ 50 1998, 203 ss.; PAWLIK, Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeit, Begründung und systematische Struktur, GA 1995, 360 ss.; Das Unrecht des Bürgers, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012; Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes, JRE 2014, 137 ss. = Solidaridad como categoría de legitimación jurídico-penal: El ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante, trad. I. Coca Vila, REJ 26 2017, 222 ss.; PETERS, Bemerkungen zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Wehrersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen, JZ 1966, 457 ss.; Überzeugungstäter und Gewissenstäter, FS-H. Mayer, 1966, 257 ss.; Abschließende Bemerkungen zu den Zeugen-Jehovas-Prozessen, FS-Engisch, 1969, 468; PISAPIA, Istituzioni DP, 1ª 1956/3.ª 1975, VI.4 c; PORTILLA, Complicidad omisiva de garantes en delitos omisivos, LH-Gimbernat, 2008, 1519 ss.; RADBRUCH, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Berlin, Guttentag, 1903/1904, reimpres. (con introduc. de su discíp. Arth. Kaufmann), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1961, 1967; recogido desp. en su Gesamtausgabe, VII, Heidelberg, Müller, 1995), 75-167; RANFT, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht, JuS 1963, 340 ss.; RICHTER, Die strafrechtliche Bedeutung der Rechtspflicht zum Handeln, Univ. Göttingen, 1921; RISICATO, Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva, Milano, Giuffrè, 2001; ROBLES PLANAS, Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión), InDret 2012-2; Deberes negativos y positivos en DP, InDret 2013-4; RÖDIG, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 1969; RODRÍGUEZ MESA, Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de



autoría y participación, REDUR 11, 2013, 107-126; RODRÍGUEZ MOURULLO, Omisión de socorro y auxilio al suicidio, RFDUM 1961, 333 ss.; La omisión de socorro en el CP, Madrid, Tecnos, 1966; El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la ingerencia, ADPCP 1973, 501 ss.; La cláusula general sobre la comisión por omisión, LH-del Rosal, 1993, 905 ss.; RÖHL, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen und das fahrlässige Unterlassungsdelikt, JA 1999, 885 ss.; ROJAS A.(GUIRRE), Grundprobleme der allgemeinen Verbrechenslehre bei der unterlassene Verbrechenanzeige, GA 2017, 147 ss.; Delitos de omisión entre libertad y solidaridad, PolítCrim 26 2018, 682 ss.; ROMEO CASABONA, ¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor), RDPCr 2 1998, 327 ss.; ROSO CAÑADILLAS, El delito imprudente y los delitos de infracción del deber, Huellas (Fisc. Gral. Nac. Bogotá), 72 2011, 104 ss.; Autoría y participación imprudente, ForFICP 2015-2, 100 ss., 102 ss. (sobre delitos de infracción de deber); Omisión y comisión por omisión. Cap. 19, en Luzón Peña (dir.)/Roso (coord.), DP casos PG, 2018, 331 ss.; Los delitos de deber, de dominio y polivalentes de autoría, LH-Maza, II, 2018; 519 ss.; A vueltas con la terminología: en busca de la precisión terminológica entre lo comisivo y lo omisivo, LLP 146 2020; El *profesional* del art. 196 CP: denegación de asistencia sanitaria o abandono de servicios sanitarios, LH-Corcoy, 2022; RÖWER, Die Zumutbarkeit als spezielles täterschaftliches Merkmal beim Handeln durch Unterlassung, NJW 1958, 1.528 ss.; ROXIN, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 1962, 411 ss. = Contribución a la crítica de la teoría final de la acción, en Roxin, Problemas básicos del DP, trad. Luzón Peña, 1976, 84 ss.; An der Grenze von Begehung und Unterlassung, FS. f. Engisch, 1969, 380 ss.; En el límite entre comisión y omisión, en Problemas básicos del DP (trad. Luzón Peña), Madrid, Reus, 1976, 226 ss.; en: Roxin/Stree/Zipf/Jung, Einführung in das neue Strafrecht, 2.<sup>a</sup>, 1975; en: Roxin/Stree/Zipf/Jung, Einführung in das neue Strafrecht, 2.<sup>a</sup>, 1975; Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, NStZ 1987, 345 ss.; RUDOLPHI, Recensión del libro de Reinhart Maurach: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., ZStW 86 1974, 68 ss.; SK, 7.<sup>a</sup>, 1999, antes del § 13; RUEDA MARTÍN, ¿La inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho es un principio inspirador en la delimitación de la capacidad de acción en un delito en comisión por omisión?, LH-Huerta, 577 ss.; SAGENSTEDT, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, Frankfurt, P. Lang, 1989; SAMSON, Begehung und Unterlassung, FS-Welzel, 1974, 579 ss.; SÁNCHEZ-VERA, Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, ADPCP 1995, 187 ss.; Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit bei Tun und Unterlassen, Berlin, Duncker & Humblot, 1999; Delito de infracción de deber y participación delictiva, Madrid, Pons, 2002; SAUER, Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, FS-Frank, I, 1930, 202 ss.; Die Ethisierung des Strafrechts, DStr 1934, 177 ss.; Das Unterlassungsdelikt. Seine Stellung im Gefährdungs- und im Willensstrafrecht, GS 114 1940, 279 ss.; I delitti di omissione nel Codice penale tedesco, RivPen 1941, 761 ss.; SAX, Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ 1975, 137 ss.; “Tatbestand” und Rechtsgutsverletzung (II), JZ 1976, 429 ss.; SCHAFFSTEIN, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, en Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Junner und Dünhaupt Vlg., 1935, 108 ss.; Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?, DStr 1935, 97 ss.; Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, DStr 1937, 335 ss.; SCHMID, Das strafbare Unterlassen in heutiger Rechtsgeltung, DStR 1936, 424 ss.; SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Tübingen, JCB Mohr, 1958; Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, FS-Gallas, 1973, 81 ss.; Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht: Terminologie und Begriffe, GdS-Arm. Kaufmann, 1989, 131 ss.; EB. SCHMIDT, Der Arzt im Strafrecht, Leipzig, Weicher, 1939; SCHMITT, RUD., Zur Systematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1959, 432 ss.; SCHNEIDER, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, Berlin, Duncker & Humblot, 1997; SCHÖCH, Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen, NStZ 1995, 154 ss.; SCHÖNE, Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung “unechter” Unterlassungsdelikte, Köln etc., Heymanns, 1974; Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit, JZ 1977, 150 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/EISELE, StGB, 29.<sup>a</sup> 2014, antes del § 13; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen, O. Schwarz, 1971 = Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal, Trad. de la ed. alemana (Gotinga, 1971) Cuello Contreras y Serrano González de Murillo; pról. Gracia Martín, Madrid, Pons, 2009; Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA 1974, 231 ss.; Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche

Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96 1984, 287 ss.; Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania (trad. de S. Bacigalupo), en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.), Omisión e imputación objetiva en DP, 1994, 11 ss.; tb. en PJ 51 1998, 201 ss.; SEELMANN, Solidaritätspflichten im Strafrecht?, en Jung/*et al.* (eds.), Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung, Baden-Baden, Nomos, 1991, 295 ss.; SEIER, Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Parte 2), JA 1990, 382 ss.; SERRANO-PIEDecasas, Crítica formal del concepto de la omisión, ADPCP 1993, 981 ss.; SEPAROVIC, Die Behandlung der Unterlassungsdelikte in Jugoslawien, ZStW 77 1965, 149 ss.; SGUBBI, Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, Padova, Cedam, 1975; SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema, pról. Mir Puig, Barcelona, Libr. Bosch, 1986; La responsabilidad penal del médico por omisión, LL 1987-1, 955 ss.; Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros, ADPCP 1987, 451 ss.; Problemas del tipo de omisión del deber de socorro, ADPCP 1988, 561 ss.; Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención, CPC 1989, 367 ss.; Muerte violenta de un recluso en un centro penitenciario ¿Sólo responsabilidad patrimonial de la Administración o también responsabilidad penal de los funcionarios? (A propósito de algunas sentencias de las salas 2ª, 3ª y 4ª del TS), ADPCP 1991, 561 ss.; Política criminal y reforma legislativa en la comisión por omisión (El art. 10 del P de CP de 1992), LH-del Rosal, 1993, 1069 ss.; Comisión y omisión: criterios de distinción, CDJ 23 1994, 11 ss.; Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del CP, LL 1996-5, 1557 ss.; La regulación de la “comisión por omisión” (art. 11), en: Silva, El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, J.M. Bosch, 1997, 51 ss.; Art. 11, en Cobo (dir.), Coment I, 1999, 441 ss.; Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión: las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del CP, en: Problemas específicos de la aplicación del CP (Manuales de Formación Continuada 4), Madrid, CGPJ, 1999, 153 ss.; Omisión, en Luzón Peña (dir.), EPB, 2000, 962 ss.; Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte, FS-Roxin, 2001, 641 ss.; Omisión impropia o comisión por omisión, en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 970 ss.; SCHWAB, Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungen, Frankfurt, Lang, 1996; SCHWARZ, Die Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten, tesis doct., Freiburg, 1967; SIEBER, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der “passiven” Gesprächsteilnahme, JZ 1983, 431 ss.; SOWADA, Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt, Jura 1986, 399 ss.; SPANGENBERG, Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit, NArCr 4 1821, 527 ss.; SPASARI, L'omissione nella teoria della fattispecie penale, Milano, Giuffrè, 1957; SPENDEL, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, FS-Eb. Schmidt, 1961, 182 ss.; STEINVORTH, Kann Solidarität erzwingbar sein?, en: Bayertz (ed.) Solidarität, Begriff und Problem, Frankfurt, Suhrkamp, 1998, 54 ss.; STILE, Omissione, rifiuto e ritardo e ritardo di atti d'ufficio, Napoli, Jovene, 1974; STOFFERS, Die Formel vom „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?, Berlin, Duncker & Humblot, 1992; Die Rechtsfigur “Unterlassen durch Tun” (Teil 1, Teil 2), JA 1992, 138 ss., 177 ss.; Sterbehilfe: Rechtentwicklungen bei der Reanimator-Problematik, MDR 1992, 621 ss.; Die vorrechtlich-ontologische Unterscheidung der Verhaltensformen positives Tun und Unterlassen, GA 1993, 262 ss.; STORSBERG, Der gegenwärtige Umfang der Nothilfepflicht im Strafgesetzbuch, tesis doct. Univ. Göttingen, 1952; STREE, Teilnahme am Unterlassungsdelikt, GA 1963, 1 ss.; Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten, FS-Lenckner, 1998, 393 ss.; STRENG, “Passives Tun” als dritte Handlungsform - nicht nur beim Betrug, ZStW 122 2010, 1 ss.; STRUENSEE, Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten, Bonn, Rohrscheid, 1971; Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte, JZ 1977, 217 ss.; Handeln und Unterlassen, Begehungs- und Unterlassungsdelikt, FS-Stree/Wessels, 1993, 133 ss.; Actuar y omitir: delitos de comisión y de omisión, (trad. Ziffer), Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1996; tb. como art. en Struensee, Avances del pensamiento penal y procesal penal, Asunción, Continental, 25 ss.; TAG, Nichtanzeige geplanter Straftaten, unterlassene Hilfeleistung oder Freispruch?, JR 1995, 133 ss.; TESAURO, L'omissione nella teoria dell reato, StOn-Massari, 1938, 469 ss.; L'omissione nella teoria dell reato, ForP 1946, 5 ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Conductas omisivas de funcionarios inspectores (en especial, en materia medioambiental y urbanística), LH-Górriz, 2020, 821 ss.; TRAEGER, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, Marburg, Elwert, 1913 (tb. en FG-Enneccerus, 1913, 5 ss.); TRÖNDLE, Wann ist Sterbehilfe ein rechtliches Problem?, ZStW 99 1987, 31 ss.; Strafrechtlicher Lebensschutz und Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Betrachtungen zum “Ravensburger Fall”, FS-Göppinger, 1990, 595 ss.; ULSENHEIMER, Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener

Strafverfolgung, GA 1972, 1 ss.; VANDERVEEREN, Le délit d'omission, RDrPCr 1949-1950, 681 ss.; VARONA, DP y solidaridad, Madrid, Dykinson, 2005; VELÁSQUEZ, Manual PG, 4.ª, 2010, 413 ss.; VERREL, Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz, JZ 1996, 224 ss.; DE VICENTE REMESAL, Responsabilidad penal de directivos, administradores o representantes de empresas por infringir deberes de vigilancia y control, Foro FICP 2014-2, 79 ss.; VIDAL, Delitos de omisión, DocP 0 1977, 165 ss.; VIVES ANTÓN, Art. 11, en Cobo (dir.), Coment I, 1999, 489 ss.; Acción y omisión: tres notas a un “status quaestionis”, LH-Ruiz Antón, 2004, 1113 ss.; VOLK, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme, FS-Tröndle, 1989, 219 ss.; WELZEL, Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte, NJW 1953, 327 ss.; Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958, 494 ss.; Lehrbuch, 11.ª 1969, 200 ss.; WINTER, Der Abbruch rettender Kausalität, Frankfurt etc., Lang, 2000; WOHLERS, NK StGB, 2.ª 2005/3.ª 2010, § 323c; WOHLERS/GAEDE, NK StGB, 4.ª 2013, § 323c; ZACZYK, Das Unrecht der versuchten Tat, Berlin, Duncker & Humblot, 1989; ZAFFARONI, Panoramica attuale da problematica da omissão, RDPCr bras., 33 1982, 30 ss.; Tratado III, 1981, 455 ss.; ZAFFARONI/ALLAGIA/SLOKAR, PG, 2.ª 2002, 570 ss.; ZUGALDÍA, Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párr. 3º del art. 489 bis del CP, CPC 1984, 571 ss.

\* \* \* \* \*