



Omisión impropia y Derecho Penal (Acerca del artículo 11 del Código Penal español)

Miguel Ángel Núñez Paz

Universidad de Huelva

Revista Penal, n.º 20.—Julio 2007

RESUMEN: Los delitos de omisión propios o impropios constituyen infracciones de normas preceptivas pero considera los delitos propios de omisión como hechos penales que se agotan en la no realización de la acción requerida por la ley, mientras que en los delitos impropios de omisión, al «garante» se le impone el deber de evitar el resultado. Nos interesa aquí profundizar en el fundamento de la situación omisiva cuando el autor ha provocado el perjuicio de un bien jurídico mediante una inactividad corporal teniendo obligación de evitar tal daño.

PALABRAS CLAVE: Omisión. Injerencia. Fuentes de peligro. Comisión por omisión. Garante

SUMMARY: All crimes of omission constitute infractions of preceptive rules, but consider crimes proper of omission criminal acts which are enacted by the non-realisation of the action which is required by law, while in crimes improper of omission, the «guarantor» is under an obligation to avoid the outcome. We are now paying attention to the *omission* which occurs when the offender brings about damage to a legal entity by means of corporal inactivity and there was a duty to avoid the prejudice.

KEY WORDS: Omission. Offenses of failing to act Guarantor

A) LA CLÁUSULA GENERAL DEL ARTÍCULO 11 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Con anterioridad al Código penal de 1995 el delito de comisión por omisión no estaba regulado de manera expresa, como quiera que el art. 1 del Código penal anterior después de la Reforma de 1983 —al igual que el art. 10 del código vigente— estableció que «son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley», un importante sector doctrinal¹ consideró que la

fórmula del antiguo art. 1 no era incompatible con la existencia de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, especialmente si el tipo prohibía la causación de un determinado resultado, fuese por acción o por omisión y para que un resultado sea objetivamente imputable².

Otro sector pensó que los tipos legales que requerían un resultado deberían entenderse no en sentido naturalístico sino en sentido social³. Así pues, no sería preciso que el resultado fuese causado en sentido físico-naturalístico sino que bastaría no evitarlo si se tiene el deber de actuar⁴.

1. ANTÓN ONECA, Derecho penal, PG, 2.ª ed., Akal, Madrid, 1986, págs. 193 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho penal, Tomo III, 4.ª ed., págs.440 y ss; CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios al Código penal, Tomo I, arts. 1-22, Ariel, Barcelona, 1972, págs. 9 y ss; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, Derecho penal español, PG, Madrid, 1995, págs. 385 y ss.

2. Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro en el Código penal, Madrid, 1966, pág. 105 y ss.

3. Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal, PG, Madrid, 1977, pág. 209 y ss. Una crítica sobre la Teoría social de la acción en relación con el supraconcepto común de acción y omisión puede verse en GIMBERNAT ORDEIG, Sobre los conceptos de omisión-acción, en ADPCP, 1987, págs. 1987 y ss. y nota 77.

4. Porque debe entenderse que los tipos de resultado deben realizarse por omisión sin desbordar su sentido literal (Vid. MIR PUIG, Derecho penal, 7.ª ed., 2004, págs. 314 y317).

Desde otro punto de vista, partiendo de la tesis del concepto social de acción⁵, sin considerar el criterio de la analogía prohibida, se estima que el resultado proveniente de una inactividad puede imputarse aunque no se cause en sentido naturalístico sino cuando exista un deber de actuar⁶. En todo caso, y ante la ausencia de prohibición expresa, se propugnó por el establecimiento de una cláusula general que evitase las dudas en orden a una quiebra del Principio de legalidad⁷.

Otro grupo doctrinal consideró, sin embargo, innecesario el establecimiento de una cláusula general que tipificase el delito de comisión por omisión alegando el riesgo de una extensión de la responsabilidad sancionándose entonces más casos de los que eran sancionados anteriormente. Ni siquiera la cláusula general del actual art. 11 era necesaria dada la cláusula limitadora de la praxis judicial que podría cambiar con la inclusión de este precepto y conducir a una no deseable extensión de la punibilidad⁸.

Sin duda, a pesar de las dificultades interpretativas que pueda presentar en orden a la equiparación entre los delitos de acción y de omisión y en orden a la posición de garante, como luego se verá, la cláusula general del art. 11 cumple sobre todo una función restrictiva de las conductas omisivas⁹. Así, v.g., si varias personas frente al mar observan cómo se ahoga un bañista, no es imaginable considerar que todas ellas cometen un homicidio por omisión, ya que ello conduciría a que la responsabilidad por omisión se extendiera hasta límites absurdos, dado que todas las personas tendrían una responsabilidad compartida frente a toda clase de riesgos. Por otro lado, el art. 195 del Código penal quedaría sin contenido pues sería consumido por el homicidio omisivo. Todo ello aparte de que tal cláusula satisface, como indicamos, las exigencias del Principio de Legalidad. Esto no significa que la posición del legislador en el art. 11 no resulte discutible tanto en relación al tema de la equivalencia entre acción y omisión como en orden a la posición de garante¹⁰. Sin duda hubiera sido deseable la

5. Sobre el concepto, *Vid.* JESCHECK, Tratado de Derecho penal, Tomo I, PG, Trad. y notas de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 295 y ss.

6. *Vid.* SERRANO PIEDECASAS, Crítica formal del concepto de omisión, ADPCP, 1993, pág. 998.

7. Así, Vg., GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría jurídica del delito, Derecho penal, PG, Madrid, 1983, pág.585; ROMEO CASABONA, Los delitos de comisión por omisión, en *Política criminal y Reforma penal, Homenaje en memoria del Prof. J. Del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, págs.925 y ss.; el mismo, Límites de los delitos de comisión por omisión en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994, págs.33 y ss.; TORÍO LÓPEZ, Límites político criminales del delito de comisión por omisión, ADPCP, 1984, págs. 699; MIR PUIG, Derecho penal, PG, cit, 4.ª ed, págs. 301 y ss.

8. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, Apuntes sobre el contexto histórico dogmático del art.11 del Código penal, en *La Ley 1996*, págs.1559 y 1560; el mismo, Política criminal y reforma legislativa en la comisión por omisión, en *Política criminal y Reforma penal, Homenaje en memoria del Prof. J. Del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, págs.1069 y ss.; el mismo, La regulación de la comisión por omisión (Art.11) en el nuevo Código penal, cinco cuestiones fundamentales, Ed. J.M. Bosh, Barcelona, 1997, págs. 52 y ss. y pág. 64; Silva considera que la cláusula del Proyecto de 1992 reduce el ámbito de la comisión por omisión a los delitos consistentes en un resultado de lesión o peligro que puedan realizarse por acción o por omisión.

Vid también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Omisión de impedir delitos no constitutivos de participación por omisión. Un caso de dolo alternativo. Comentario a la St de 8 de octubre de 1991, PJ, núm. 24, pág. 208; RODRÍGUEZ MOURULLO, La cláusula general sobre la comisión por omisión, en *Política criminal y Reforma penal, Homenaje en memoria del Prof. J. Del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, pág. 911.

Para GRACIA MARTÍN (Comentarios al Código penal, PE, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág.25) si una disposición es ya directamente subsumible en el tipo de la Parte Especial, como se pretende, entonces una disposición de carácter general sería superflua y perturbadora.

9. BUSTOS-HORMAZÁBAL, Lecciones de Derecho penal, Trotta, Madrid, 2006, págs. 205 y ss. Sin embargo para SILVA SÁNCHEZ, Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal, en *La Ley. Revista Jurídica Española*, Año XVII, Número 4144. Martes 15 de octubre de 1996, pág.1559, una cláusula general como la del art.11 no era necesaria. De una parte, porque dada la praxis general española la vocación limitadora de la atribución de responsabilidad en comisión por omisión que tenían preceptos similares en otros ordenamientos aquí carece de objeto y podría conllevar consecuencias extensivas de punibilidad; por otra parte, estima que existen argumentos muy sólidos aunque no sean atendidos —en Alemania— más que por un número limitado de autores, para sostener que los únicos supuestos de comisión por omisión son los que resultan inscribibles en los tipos de la parte especial por ser estructuralmente idénticos. La posición de Silva parte de la base de que en los supuestos de comisión por omisión se verifica una identidad estructural en el plano normativo con los supuestos que comportan la realización activa del tipo penal. MORALES PRATS, Comentarios al Nuevo Código penal, en Quintero Olivares (Dir.) y Valle Muñiz (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 1996, art. 11, postula por un criterio de adosar a una fórmula general un sistema de *numerus clausus* en los que el legislador determine o autorice la identificación normativo-estructural entre omisión y realización típica con carácter de excepción.

10. *Vid.* En relación a este punto: GIMBERNAT, Causalidad, omisión e imprudencia, ADPCP, 1994, págs. 57 y ss, quien aboga por una drástica reducción, frente a la doctrina dominante, del ámbito de los delitos dolosos de omisión impropia, sancionándose como omisión propia aquellos supuestos en que el omitente no está a cargo de una fuente de peligro. Sin embargo, en supuestos en los que sí se está a cargo de una fuente de peligro, como, Vg..., el del Guarda de un paso a nivel que, para provocar un accidente, no baja las barreras antes del paso del tren, se ha transformado dolosamente un foco de peligro de permitido en prohibido, siendo el guardabarrera, con toda seguridad, el causante del resultado típico.

concesión de un *numerus clausus* en las conductas de comisión por omisión, como establece el art. 12 Código penal para los delitos imprudentes¹¹, y no mediante una fórmula general como ocurre en una buena parte del derecho comparado¹². Ello no quiere decir que la posición de garante sea criterio suficiente a mi juicio para fundamentar que la omisión sea subsumible en el tipo de la parte especial, y que suponga, además, la equivalencia entre acción y omisión sin asumirse, al menos, por el garante el criterio de controlar o disminuir el riesgo, pero de todos modos en el art. 11 la posición de garante es una característica objetiva de la autoría, en el caso de que la realización de la acción omitida hubiera evitado el resultado, si bien probablemente sea criterio insuficiente para fundamentar que la omisión pueda ser subsumible en el tipo correspondiente de la Parte especial del Código penal¹³.

B) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA POSICIÓN DE GARANTE

B.1) La jurisprudencia anterior al Código penal de 1995

La Jurisprudencia del TS español ha venido admitiendo, con anterioridad al Código penal de 1995, posiciones emanadas de la Ley, del Contrato y del actuar precedente (injerencia)¹⁴; también en la posición de garante que sur-

ge del actuar precedente (injerencia), si se provoca con ello un peligro para la vida de las personas¹⁵.

En general, el TS fundamenta la posición de garante en la tesis del deber jurídico formal (*Ley, Contrato y Actuar precedente*) aunque en alguna Sentencia evoluciona hacia la Teoría material de las Funciones de Armin Kaufmann¹⁶. Y, si bien la STS de 21 de enero de 1986 estableció que el no impedir el resultado equivale a causarlo, el propio TS ha admitido en SS posteriores que la posición de garante no basta y se requiere además que la omisión sea equivalente a la acción. Por último, las SSTS de 9 de abril de 1996 y de 6 de noviembre 1996, estiman que la equivalencia entre la acción y la omisión no se agota en la posición de garante.

Las últimas sentencias citadas parecen mantener el criterio de que la posición de garante, aun tratándose de un elemento necesario para la constitución del tipo de injusto, no es suficiente; se requiere además que la omisión sea equivalente a la acción¹⁷. Luzón Peña mantiene la opinión según la cual la posición de garante no es suficiente para la comisión por omisión, sino que ésta requiere que la omisión cree que ésta requiere que la omisión cree o aume el peligro para el bien jurídico¹⁸.

Por otro lado, Silva Sánchez exige, para poder apreciar la comisión por omisión, además de la posición de garante, la concurrencia de una identidad estructural y material en el plano normativo entre la situación omisiva y el hecho comisivo¹⁹.

11. El art. 12 del Código penal de 1995 establece «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley». Confr. CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal Español, Parte General III, Teoría jurídica del delito / 2, Tecnos, 12. Vid. § 13 StGB que inspiró claramente al Código penal de 1995.

13. Vid. GRACIA MARTÍN, Comentarios, cit., pág. 75, quien considera que la posición de garante no fundamenta por sí misma el injusto específico de los delitos de comisión por omisión. En contra de este punto de vista, Vid. LASCURAIN SÁNCHEZ, Los delitos de omisión. Fundamentos de los deberes de garantía; Civitas, Madrid, 2002, pág. 46, para quien las dificultades no provienen de su formulación en sí (*sólo la asunción genera deberes de garantía*) sino de su exclusividad (*confusión del fundamento con su consecuencia*). En los casos como los deberes paterno-filiales o los deberes de control que surgen de la injerencia o del dominio de un animal peligroso no cabe afirmar que los agentes asuman o tomen para sí libremente el control del riesgo, como lo puede hacer el socorrista en una piscina o el encargado de seguridad de una empresa, sino más bien que, a determinadas razones, les atribuimos el control de ciertos riesgos, lo quieran o no. Por otra parte, a LASCURAIN (ob. cit., pág. 49) le parece exagerada la crítica que Gracia hace a Jakobs, particularmente en torno a la clasificación de la posición de garante, tachada de «exasperante y caótica» por Gracia. Lo contrario hace ROXIN que la califica de «plausible» (Autoría y dominio del hecho, cit., pág. 781).

14. SSTS 10-12-1982 (A-7398); 31-1-1986 (A-211) y 13-12-1988 (A-9505).

15. SSTS 13-12-1988 (A-9505) y 28-3-1989 (A-2746) y también las sentencias de 30 de junio de 1988 (madre que dejó encerrado a sus hijos menores privados de alimentos) y STS 31-3-1993 (desgarro de cordón umbilical). Vid. Además ANTÓN ONECA, Derecho penal, cit., 2.ª ed, pág.195.

16. STS 31-10-1991 (RJ 1991/7473): Ley contrato y actuar precedente –injerencia–; STS 22-6-1991 (Deber de velar por los hijos); STS 31-1-1986 (creación de riesgo; STS 28-1-1994 (parricidio en comisión por omisión) en la que se considera fundamentado el deber de garante (injerencia), el resultado, la posibilidad de evitarlo, la ausencia de la «acción esperada» y la capacidad para realizarlo.

17. Un análisis más profundo de la Jurisprudencia del TS puede verse en CUADRADO RUIZ, La comisión por omisión como problema dogmático, ADPCP, 1997, págs. 421 y ss, si bien se manifiesta a favor de la identidad estructural en el plano normativo entre la acción y la omisión.

18. Vid. LUZÓN PEÑA, La participación por omisión en la Jurisprudencia reciente del TS, PJ, 1986, págs. 82 y ss.; También GRACIA MARTÍN, Los delitos de comisión por omisión, en Modernas tendencias de la Ciencia del Derecho penal y la Criminología, UNED, Madrid, 2001, págs. 478-480 considera que la posición de garante no es en absoluto un elemento constitutivo del injusto específico de la comisión por omisión. Podrá ser un elemento que suponga una mayor gravedad de lo injusto, pero prescindible como constitutivo del injusto específico.

19. Vid. SILVA SÁNCHEZ, ob. ult. cit., págs. cit.

Gimbernat, sin renunciar expresamente a la posición de garante, alude a lo que denomina «vigilancia de una fuente de peligro» que no parece ajustarse al concepto que tiene de la posición de garante tanto doctrina dominante como la Jurisprudencia TS, particularmente la anterior al Código penal de 1995²⁰. En el mismo sentido se manifiesta Schünemann cuando alude al «dominio sobre la causa esencial del resultado»²¹.

Mantiene, sin embargo, la necesidad de la posición de garante —junto a la no realización de la acción esperada— Mir Puig²², aunque parece apoyarla en la Teoría de las funciones de Kaufmann, de modo que sólo cabría afirmarla cuando se da el deber de actuar en función de la protección de un bien jurídico, bien por la estrecha relación familiar, comunidad de peligro, asunción voluntaria de una función de protección y control de una fuente de peligro por quien las ha creado y actuar precedente —injerencia—.

B.2) La Jurisprudencia (inmediatamente posterior al Código penal de 1995)²³

En muy diversas sentencias, el Tribunal Supremo va poniendo de relieve cómo el tipo objetivo de comisión por omisión requiere la producción de la situación de peligro, ausencia de acción determinada y, para afirmar la imputación objetiva, capacidad para realizar la acción omitida que es exigible; posición de garante, producción de resultado y posibilidad de evitarlo²⁴.

La STS 262/2001 (homicidio por imprudencia de soldados que utilizan gasolina para avivar el fuego de estufa, lo que origina la muerte de otro soldado) establece que solamente cabe la comisión por omisión de delitos o faltas cuando se haya producido un resultado material de lesión o peligro, deber jurídico de origen legal o contractual. Por consiguiente, alude a la necesidad formal, más que material, y a la equiparación o equivalencia de acción y omisión, aunque ésta sea más difícil de considerar; y, en cuanto al aspecto subjetivo, se alega el conocimiento del deber de intervenir y comprensión de que al omitir este deber se podría evitar el resultado. Si bien no se precisa la necesidad de ostentar la condición de garante del cabo que permitió al soldado verter la gasolina que ocasionó el resultado.

La STS 653/2001 aplica el delito en el supuesto conflictivo de comisión por omisión al funcionario militar que incumplió los deberes de garantía en los supuestos del art. 204 (allanamiento de morada pasivo —omisivo— realizado por funcionario público). La cuestión ha sido debatida en estos supuestos por la doctrina en torno a la po-

sición de garante acerca del problema de si existe o no el incumplimiento del deber de garantía.

La STS 4158/2000 absuelve por ausencia de injerencia un delito de estafa en comisión por omisión, por ello no existirá tampoco equiparación de la acción a la omisión.

La STS 677/2000 sanciona por omisión consciente, frente a las graves agresiones del compañero sentimental de la madre a una niña de dos años. La madre omitente se encuentra en clara posición de garante y se le sanciona por homicidio consciente en grado de tentativa.

La STS 1141/2000 establece los elementos de la comisión por omisión: a) situación típica; b) ausencia de acción determinada que le era exigida y capacidad de realizarla; así como los tres elementos necesarios para que pueda afirmarse la *imputación objetiva*: posición de garante; producción del resultado y posibilidad de evitarlo; y se absuelve a la acusada de la infracción del deber de cuidado y niega que el resultado acaecido sea concreción de una situación de peligro creado con infracción del deber de cuidado debido; y, aunque duda de su posición de garante, le incumbía, sin embargo, prestar a la niña la atención médica debida, cosa que no hizo.

La STS 1558/2000 (imprudencia leve de cirujano, anestesista y médico de guardia que causa la muerte) fija, como en general hace el TS, la estructura de la omisión. La ST de la Audiencia había absuelto a los acusados del delito de homicidio por imprudencia grave y de la falta de imprudencia leve por las que se les imputaba, mientras el TS condena por una falta de homicidio por imprudencia leve.

La STS 52/2000 precisa que en el delito de robo y en el de homicidio, particularmente en el primero, se establece la construcción de una autoría en comisión por omisión cuando el omitente ha creado el riesgo —injerencia— para el bien jurídico mediante una acción u omisión precedente. Afirma, sin embargo, que tal omisión no tiene por qué ser lícita, pudiendo ser —con frecuencia— ilícitamente provocada. La STS acepta la opinión de un sector doctrinal que estima innecesaria la posición de garante para la responsabilidad como cómplice.

La STS 1573/1999 declara haber lugar al Recurso de Casación en un supuesto de abusos sexuales y alega los requisitos formales (Ley, contrato e injerencia) y la posición de garante en la comisión por omisión, ya que estima que se ha producido un resultado de lesión propia de un tipo penal descrito por la Ley, y alega que se ha omitido una acción que se encuentra en la base de la causalidad hipotética, y que la no evitación de la acción equivale, en este caso, a su causación, pudiendo ser imputada en el grado de equivalencia con la autoría material —lo cual

20. Vid. GIMBERNAT, Causalidad..., cit., págs. 241 ss. y 250.

21. Vid. SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen der Rechten Unterlassungdelikte; Göttingen, 1971, págs. 231 y ss., aunque habla de posición de garante cuando alude al dominio sobre la causa esencial del resultado.

22. Vid. MIR PUIG, Derecho penal, 4.ª ed., cit., pág.305.

23. Se citan a título ilustrativo algunas con carácter general de las que se formularon en un primer momento de aplicación del Código.

24. Así, STS 22-1-1999 (RJ-1999/471); idem. STS 1041/2001-P.

no me parece plenamente convincente: como en el caso de la equivalencia con la complicidad—; la S estima la complicidad cuando ésta queda —dice— asegurada en el juicio y se hubiese dificultado sensiblemente la producción del resultado. Se alega además, respecto de la autoría, el criterio de la doctrina dominante de que haya de formularse un juicio de certeza o de probabilidad rayana en aqueélla.

Por último, la STS 2292/1998 (Abuso de superioridad aplicable a un Inspector-jefe de policía que consiente que dos agentes golpeen brutalmente al detenido) afirma la equiparación a la acción comisiva y la no evitación del resultado que además —señala la sentencia— ha de generarse por infracción de un especial deber jurídico (garante); en este supuesto, el autor tendría dicho especial deber jurídico de actuar para evitar el resultado mediante una acción precedente, de tal manera que con su comportamiento ha creado, mediante una omisión precedente, el riesgo (injerencia) para el bien jurídico protegido.

Como consideraciones finales podemos señalar que el TS adopta en general un criterio formalista, sin entrar a fondo en la fundamentación, parece prescindir de criterios materiales, particularmente en orden al tema del control del riesgo. El primer problema es resolver si el precepto legal puede admitir otras fuentes sin vulnerar el Principio de Legalidad, aunque no parece que haya *numerus apertus* sino *numerus clausus*²⁵.

No creo, sin embargo, que baste —como parece pretender el TS— con la pura concurrencia de una obligación legal, contractual o derivada de un hacer precedente. El texto no se agota con una comprobación formal del deber de actuar. La doctrina ha considerado ya el peligro de un excesivo formalismo que puede llevar, a la base legal o contractual, a dejar fuera muchas situaciones que deberían quedar dentro de su ámbito²⁶, pero también a excesos en el aspecto material fuera de los límites legalmente interpretativos y, por tanto, en contra del Principio de Legalidad. En cuanto a la injerencia, veremos el art.195 en sus números 1 y 3 en relación con el art. 138 (homicidio y lesiones), etc., especialmente respecto a los problemas que acarrea a un «garante» en los casos de accidente fortuito o imprudente cuando existe la obligación de actuar por una obligación precedente. Finalmente, no parece que el TS haya abordado debidamente el problema de la equivalencia de acción y omisión, que exige una interpretación armónica del precepto; lo que, afortunadamente, hizo la STS 23 de octubre de 1996, pues no basta con probar que existe una posición de garante basada en la Ley, el contrato o el hacer precedente (injerencia) para dar por solucio-

nado el problema de la equivalencia entre acción y omisión, ya que la posición de garante es tan sólo una parte del juicio de valoración²⁷.

C) LA CAUSACIÓN IMPRUDENTE DEL PELIGRO. CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDA

Los casos más discutibles son los de causación imprudente de un peligro. Parece aceptable el punto de vista que sostiene que la omisión subsiguiente, como en el caso de quien provoca imprudentemente un accidente de tráfico y no impide una posible lesión o muerte, supuesto del art. 195.3 del Código penal que sanciona con pena agravada la omisión de socorro y no por lesión o muerte, en su caso, aunque fuese, como señala Gimbernat, en grado de tentativa²⁸. Mir da la opción o bien de una pena más grave de la omisión pura (artículo 195.3) o atenuando la pena del delito de comisión por omisión (en el caso del homicidio, lesiones, etc.). Parece más lógico aplicar este último criterio pues se trata de un delito de resultado en comisión por omisión, por eso hemos aludido de establecer en el art. 11 del Código penal la posibilidad de atenuar la pena en el supuesto del resultado (comisión por omisión) al modo del art. 13 del Código penal alemán.

D) EL TIPO DEL ARTÍCULO 11 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. LA RELACIÓN CAUSAL HIPOTÉTICA Y LA POSICIÓN DE GARANTE

El Código penal español recoge en la parte general y en su art. 11 el tipo donde tiene cabida el delito de comisión por omisión en la forma siguiente:

«los delitos y faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo al infringir un especial deber jurídico del autor equivalga, según el texto de la Ley, a su causación». A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente (injerencia)».

A la vista de lo que dispone el citado art. se despejan las dudas relativas a la exigencia del Principio de Legalidad²⁹. El legislador pretende equiparar así la realización

25. Vid. HUERTA TOCILDO, Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág.35; MORALES PRATS (en QUINTERO OLIVARES-VALLE MUÑIZ) Comentarios al Código penal, cit., 1996, pág. 90.

26. Vid. WESSELS, Derecho penal. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1980, pág.215.

27. Vid. BUSTOS-HORMAZÁBAL, Lecciones, cit., págs. 224-225 y 228 y ss.

28. Vid. GIMBERNAT, Prólogo a la 2.ª edición del Código penal, Tecnos, Madrid, Ed. septiembre 2002, pág. 27.

29. El art. 1,1 Código penal establece: «no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración».

de un resultado típico mediante un comportamiento omisivo con la actividad positiva³⁰, a pesar de la posición de un sector doctrinal que propugnaba la tipificación de la comisión por omisión en un catálogo cerrado —*numerus clausus*— en la parte especial del Código penal³¹.

La fórmula del art. 11 no está exenta de objeciones importantes como luego se verá (infra), pero es evidente que, al menos, ofrece una base legal que evitará infringir el Principio del Legalidad.

El delito de comisión por omisión es un delito de resultado y, para considerarlo como tal, hay que utilizar un criterio que permita equiparar la omisión a la causación de un resultado³². No parece que la omisión pueda ser entendida como causa de ningún resultado (*ex nihilo nihil fit*). Se trataría, en todo caso, de una causalidad hipotética: la posibilidad fáctica que el sujeto tuvo de producir el resultado³³, como indica la doctrina dominante, al menos con una probabilidad rayana en la certeza de que se hubiera producido tal resultado, aunque esto resulte discutible, como quedó demostrado con anterioridad. Pero, en todo caso, se podrá indagar entonces si cabe la imputación objetiva del resultado al autor de la omisión (esto es: incremento del riesgo y fin de protección de la norma).

Por otra parte, como ya hemos manifestado en algún sentido, la dirección hoy dominante en Alemania entien-

de que entre omisión y resultado no podrá haber relación de causalidad pues aquélla se caracteriza por un *no-movimiento* y éste no puede producir modificación alguna en el mundo exterior. Un sector doctrinal estima, sin embargo, que la relación causal no tendría hoy carácter mecánico, sino que se debería a factores positivos y negativos³⁴ pero, de todos modos, según opinión general será necesario, o debe poder afirmarse, que la acción omitida debería haber evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza³⁵ o de práctica seguridad³⁶. Por consiguiente, frente a lo que ocurre con el delito de acción, donde se puede alcanzar la certeza sobre si la relación causal se ha producido realmente el resultado; en la comisión por omisión, sólo hay una conexión no real, hipotética, y solamente cabe emitir un juicio de probabilidad de que en este último grupo de delitos de omisión impropia (comisión por omisión), la acción omitida hubiera evitado el resultado; por ello se formulan objeciones a la equiparación causal entre acción y omisión, ya que —en la mayoría de los casos— la probabilidad de que la acción omitida hubiera evitado tal resultado no pasa de ser más o menos elevada, pero se encuentra muy lejos de alcanzar la equiparación lindante con la certeza³⁷.

30. Vid. CUADRADO RUIZ, La comisión por omisión como problema dogmático, ADPCP, 1997, pág. 440.

31. Por todos, Vid. HUERTA TOCILDO, Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, págs. 163 y ss; ídem. Principales novedades, cit., pág. 25 y 28-29.

32. MUÑOZ CONDE–GARCÍA ARÁN, Derecho penal, Parte General, 3.ª ed., cit., pág. 269, establecen una división tripartita entre: delitos de omisión pura, impropios de omisión y de comisión por omisión, estos últimos equivaldrían a los delitos de comisión. En este sentido, ROXIN (Consideraciones en Jornadas hispanoamericanas de Derecho penal – Madrid 1994), cit. por Cuadrado Ruiz, ob. cit.

33. Vid. MUÑOZ CONDE–GARCÍA ARÁN, Derecho penal, Parte General, 4.ª ed., cit., págs. 266-267.

34. En principio, siguiendo el ejemplo del delito de comisión se trató de probar que una omisión podía ser causal para un resultado, tal esfuerzo no tuvo éxito. Vid. En sentido contrario, JAKOBS, La imputación penal, cit., págs. 22 y ss. Hoy, sin embargo, ya no se trata de los elementos del delito de omisión entendidos en sentido naturalista, sino de estructuras lógico-materiales (entre estructura y nivel valorativo), vid. KAUFMANN, Armin, Die Dogmatik..., cit., págs. 260 y ss. Pero a las estructuras lógico-materiales de Armin Kaufmann les faltaría el contexto social, según el criterio de Jakobs (ob. ult., Cit., pág. 26), quien pone el ejemplo siguiente: un vehículo con cambio automático disminuye la acción e incrementa la omisión.

35. Vid. JESCHECK-WEIGEND, Lehrbuch des Strafrecht, A.T., 5.ª Aufl., Dunker-Humboldt, Berlin, 1996, pág. 619; WELZEL, Strafrecht, cit., pág. 212; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO PIEDecasas, TERRADILLOS BASOCO, Curso de Derecho penal, PG, Ed. Experiencia, Barcelona, 2004, págs. 233 y ss.; Los mismos, Lecciones de Derecho penal, Praxis, Madrid, 1996, pág. 152; BACIGALUPO ZAPATER, Código penal (Trivium), 1997, pág. 431; CERREZO, Curso, cit., pág. 270; En contra, WALDER, Die Kausalität in Strafrecht, SwZst, 1981, págs. 152 y ss; NÚÑEZ PAZ, Notes on action, omission (offenses of failing to act) and commission by omission in Spanish Law», en AAVV, *Prawo w XXI wieku*, Ed. Scholar, Varsovia, Polonia, 2006, págs. 630 y ss.

36. MIR PUIG, Derecho penal, cit., 5.ª ed., Parte General, 1998, pág. 319; TORÍO LÓPEZ, Límites político criminales, cit., pág. 701.

37. Vide. GIMBERNAT, La causalidad en la omisión impropia y la llamada comisión por omisión, ADPCP, 2000, pág. 51, quien pone de relieve los insalvables obstáculos que presenta la tesis de la teoría dominante como se ha puesto de manifiesto en el caso del *Spray* (de responsabilidad por el producto), en el que la doctrina está dividida al valorar las soluciones y en orden a la cuasi-causalidad de los comportamientos omisivos (BGH de 6-7-1990 / hay Trad. de la St. en CUADRADO RUIZ, La responsabilidad..., cit., págs. 28-31). Análogamente, en el caso de la *Colza* (STS 23-4-1992); sobre ambas Sentencias, Vid. GIMBERNAT, La omisión impropia en la dogmática alemana, en Ensayos penales, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 304 y ss.

Respecto de la responsabilidad por el producto, el BGH ha apoyado en la injerencia el deber de retirar los productos lesivos (BGH 37 —106 y ss, 115-123—). Los directores de diversas empresas dedicadas a la producción de elementos químicos no retiraron a tiempo del mercado un producto para el cuidado del cuero, cuya peligrosidad no resultaba cognoscible mediante la aplicación de los métodos de ensayo habituales. Según la posición del BGH, la distribución se produjo de modo «objetivamente contrario al deber», ya que el ordenamiento jurídico prohíbe crear riesgos de los que se deriven daños corporales a terceros, bastando la desvaloración del resultado puesto en peligro y no siendo necesaria la culpabilidad personal (BGH 37-117): Vid. JAKOBS, Teoría y praxis de la injerencia, ADPCP, 1999, pág. 40.

También en relación a la «cuasicausalidad» encuentra dificultades el Derecho penal médico si se aplica el criterio de la probabilidad rayana en la certeza³⁸.

Tampoco parece factible la exigencia de seguridad que un sector doctrinal realiza, en torno a que la acción omitida debiese haber evitado el resultado para que pueda hablarse de comisión por omisión³⁹. Pero, precisamente porque el proceso causal es hipotético en la omisión, tal punto de vista no parece viable y sólo se podrá plantear la hipótesis de una probabilidad más o menos elevada, pero nunca la seguridad de haberse evitado el resultado⁴⁰.

También la Tesis de la disminución del riesgo⁴¹ en la que basta, para imputar al garante el resultado típico, el que —si hubiera realizado la acción omitida— habría disminuido el riesgo de lesión, y que aplica en muchos casos la doctrina y la Jurisprudencia, aunque ofrece también dificultades en orden a la vulneración del Principio «in dubio pro reo» y en que puede convertir los delitos de lesión en delitos de peligro.

De acuerdo con el principio de la disminución del riesgo será suficiente que la acción omitida hubiera aminorado aquel peligro del que resulta la lesión del bien jurídico; se requerirá por tanto, no sólo la prueba de probabilidad rayana en la certeza más o menos grande, sino que tal acción omitida —valorando todas las circunstancias— haya disminuido el peligro de producción del resultado⁴².

Para Gimbernat⁴³, la solución que reconoce no es fácil, habría que buscarla en el nivel de riesgo permitido de los focos de peligro⁴⁴ y en si el correspondiente garante ha cumplido o no con su obligación de mantenerse en ese nivel y no sobrepasar el foco de peligro causante del resultado típico, independientemente de si el cumplimiento de dicha obligación hubiera podido impedir la producción del resultado.

Dado que se ha pretendido equiparar la omisión que hubiera evitado el resultado —ya en el plano causal— a la acción y hemos visto las dificultades de mantener la relación entre omisión y resultado con el criterio de la causalidad entendida como causalidad natural, se acude al criterio de la causalidad hipotética entre omisión y resultado; y, partiendo de la tesis de la equivalencia de las condiciones, se afirma que la omisión es causa del resultado (aspecto valorativo) cuando colocada mentalmente la acción esperada, aunque no realizada por el omitente, desaparece el resultado⁴⁵.

Se da por seguro, afirma Muñoz Conde y García Arán⁴⁶, o por lo menos como muy probable, que si el sujeto hubiera realizado la acción mandada el resultado no se hubiera producido. Entonces es cuando se podrá indagar si cabe también la imputación objetiva del resultado al sujeto de la omisión, lo que se comprueba mediante un juicio de que la omisión hubiera producido dicho resultado con una probabilidad rayana en la certeza⁴⁷. Como ya hemos dicho, esto presenta graves dificultades de prueba, igual que sucede con la Tesis de la disminución del peligro para el bien jurídico que intenta vencer las deficiencias de las teorías dominantes en torno a la causalidad real entre el resultado y la omisión.

Esto obligó a la doctrina a la búsqueda de otros criterios para conseguir una equivalencia entre comisión y omisión, formulándose entonces la Teoría de la Posición de Garante; y, puesto que tal equivalencia constituye el tipo de comisión por omisión, realizará este delito quien omita la acción esperada estando en una posición de garante por la que se obliga a evitar el resultado prohibido legalmente. La posición de garante se convierte así en el eje de la comisión por omisión y en el fundamento de la imputación del resultado⁴⁸. Por consiguiente, la teoría dominan-

38. *Vid.* GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; *Vid.* Además SSTS 8-6-1989 (A-5054).

39. *Vid.* JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación*; Trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 959 y ss.; HERZBERG, *Die Kausalität*, cit., pág. cit.; En España: TORIO, *Límites político criminales*, cit., pág. 700.

40. *Vid.* Críticamente, GIMBERNAT, *Causalidad*, cit., págs. 64-65.

41. *Vid.* STRATENWERTH, *Strafrecht, A.T.*, 4.ª Aufl., Köhln, 2000, pág. 388, n.m. 54; RUDOLPHI, SK, 2001, Vorb. § 13, n.m. 16 y ss. Con limitaciones al ámbito de la empresa, SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatische und Kriminalpolitische Grundfragen der Unternemens Kriminalität*, WISTRA, 1982, pág. 45.

42. *Vid.* STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 4.ª ed., pág. 388, quien mantiene la misma opinión que en la 2.ª ed. (trad. De Gladys Romero), pág. 304.

43. GIMBERNAT, *Causalidad*, cit., pág. 72.

44. Los supuestos de riesgo permitido son aquellos en los que falta la imputación objetiva de un comportamiento, Vg. un apretón de manos podría transmitir una enfermedad, un viaje en avión o coche puede producir un accidente, pero no se sancionarían estas conductas, pues ello supondría la supresión de la libertad de comportamiento (*Vid.* JAKOBS, *La imputación penal de acción y la omisión*, Univers. Colombia, Bogotá, 1996, Reimpr. 1998, pág. 40).

45. Así, Vg., SsTs 10-12-1982 (A-7398) y 8-7-1991 (A-5702). *Vid.* además ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., 2.ª ed., 1986, pág.195.

46. MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, 4.ª ed., cit., pág. 277.

47. *Vid.* JESCHECK—WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., pág. 619; JAKOBS, *Derecho penal*, cit., págs. 961 y ss.; MIR, *Derecho penal*, PG, cit, pág. 318, núm. 80; BACIGALUPO, *Derecho Penal, Parte General*, 4.ª ed., pág.403; *Vid* además, STS 23-10-1996 (a-9679).

48. *Vid.* NAGLER, LK, 6.ª Aufl., 1944, págs. 60 y ss.; véase además, CUADRADO RUIZ, *La comisión por omisión*, cit., pág. 452; *idem.* QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal*, cit., págs. 375-376.

te estima la existencia de comisión por omisión siempre que un garante, que tenía el deber jurídico de evitar el resultado, omita una acción que hubiera evitado el resultado delictivo con una probabilidad rayana en la certeza (o incluso para algún sector con certeza), o bien hubiera disminuido el peligro de producción de aquél. Con lo cual, como ha ocurrido en la doctrina alemana, aunque se pretenda que la comisión por omisión pueda valorarse como un hecho equivalente a una acción productora de un resultado, cuando en aquella (comisión por omisión) falta la conexión causal y la identidad entre ambas, tal identidad tendrá su razón de ser en la esfera axiológica.

E) LA ATENUACIÓN FACULTATIVA DEL DERECHO PENAL ALEMÁN

De todos modos, la teoría dominante en Alemania ya se ha pronunciado a favor de una atenuación de la pena prevista para el delito correspondiente de acción en virtud de la previsión del § 13 (2) StGB de dicha atenuación, si bien con carácter facultativo; lo que demuestra que la comisión por omisión no es tan equivalente como puede deducirse de lo dispuesto del propio § 13 (1) del citado Código Alemán⁴⁹.

En realidad, la doctrina dominante respecto del fundamento estima que en la comisión por omisión o bien es menor el injusto, la culpabilidad, o ambas⁵⁰.

Hay quienes afirman que el contenido de injusto del delito impropio de omisión puede ser inferior al correspondiente delito de comisión y, aunque el § 13 StGB se base en la plena equiparación entre el injusto de la acción y el del resultado, sin embargo y por ejemplo, el injusto de la acción será mayor en el marido si éste arroja al agua a su mujer con intención de matarla que si solamente deja de socorrerla; además, en el delito de resultado con descripción especial de la acción se precisa para el injusto una correspondencia pero no una plena igualdad. La atenuación facultativa parece considerar que, en determinados supuestos de comisión por omisión el contenido de injusto o

el culpabilidad son menores que en los correspondientes delitos de comisión⁵¹.

Por tanto, quienes pretenden la atenuación pretenden también que ésta venga fijada en la Ley⁵².

F) LAS FUENTES FORMALES

El art. 11 del Código penal español vigente establece una discutible referencia a la Teoría formal al declarar que la omisión se equiparará a la acción: (a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar o (b) cuando exista una obligación de riesgo para el bien jurídico, mediante una acción u omisión precedente (injerencia). Así, por ejemplo, si los padres tienen deberes para sus hijos menores, puede sancionárseles por la comisión de un delito si no impiden el resultado; pero carecerán de esos deberes los hijos frente a los padres, a no ser que éstos se encuentren en situación de dependencia, como ya fue visto con anterioridad. Quedan excluidos los deberes morales como base de una responsabilidad penal⁵³.

Por lo demás, la teoría aludida por el art. 11 (Ley y contrato) no alude al contenido material del deber jurídico, así, no solamente tienen —según este criterio— la condición de garantes los padres respecto de los hijos menores, sino otros parientes e incluso en situaciones extrafamiliares o extramatrimoniales —parejas de hecho—. Independientemente de que se defienda una teoría formal o material, hoy existe un consenso doctrinal generalizado para admitir que las relaciones familiares cercanas constituyen en garantes a sujetos con relación de parentesco⁵⁴.

También respecto de las relaciones contractuales debe llamarse la atención ante el hecho de que un excesivo formalismo puede llevar a esta fuente a límites demasiado reducidos y también, por el contrario, puede conducir a dejar fuera situaciones que razonablemente debieran quedar dentro de su ámbito, por ejemplo no bastaría una formalización del contrato en términos iusprivatistas sino se ha asumido tácticamente la obligación de velar por un determinado bien jurídico, pero también habrá que evitar el

49. Vid. GRACIA MARTÍN, Los delitos de comisión por omisión, cit., págs.440-441, quien precisa además que ello demuestra la menor gravedad de la comisión por omisión respecto de la comisión por acción.

50. Vid. JESCHECK—WEIGEND, Lehrbuch, cit., págs. 610 y ss.

51. Vid. ROXIN, Einführung in das neue Strafrecht, mit Stree – Zipf – Jung, 2.^a Aufl., 1975, pág.6 y 8 y ss; Vid. Además HERZBERG, Der Unterlassung in Strafrecht und das Garanten Prinzip, Berlin, 1972, págs. 7 y ss. Sobre el menor contenido de culpabilidad, Vid. KAUFMANN, Armin, ob. cit., pág. 300. En el derecho español, partidarios de la atenuación, entre otros, ROMEO CASABONA, el Anteproyecto de Código penal de 1992, Centro de Estudios Criminológicos, La Laguna, 1992, págs. 17 y ss, ídem. Política Criminal y Reforma penal, Libro Homenaje a Del Rosal, Edersa, Madrid, 1994, págs. 937 y ss; GIMBERNAT, Prólogo CP, cit., pág.25. CEREZO, Curso, cit., págs. 269 y nota 66, estima, sin embargo, que no es posible formular un concepto genérico de conducta que englobe la acción y la omisión; Vid. También MIR, Derecho penal, cit., 4.^a ed., pág.314, para los supuestos de causación imprudente de un peligro y, de forma alternativa, con la agravación de la omisión simple; TORIO, Limites, cit., págs. 702-702; Vid. Además § 13 StGB y art. 10.3 Código penal portugués, que admite también la posibilidad de atenuación.

52. Vid. KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassung delikte, Göttingen, 1959, págs. 300 y ss.

53. Vid. En este sentido, ANTÓN ONECA, Derecho penal, cit., págs. 196-197, quien se muestra restrictivo; por el contrario, STS de 30-1-1948, que admitió el deber moral; Vid. También JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho penal, Tomo III, Buenos Aires, 1951, pág. 364.

54. Vid. JESCHECK-WEIGEND, Lehrbuch, cit., pág. 622; KÜHL, Strafrecht, AT, 3.^a Aufl., V. Vahler, 2000, n.m. 660 y ss; JAKOBS, La imputación penal, cit., pág. 52; STRATENWERTH, Strafrecht, cit., pág.375.

efecto opuesto: que se estime insuficiente la obligación de salvamento si el contrato es nulo por falta de alguna formalidad. Un importante sector de la doctrinal⁵⁵ pone de relieve cómo pueden ser considerados garantes, de manera menos formalista, aquellas personas que no estén avaladas por especial vinculación con el bien jurídico protegido, esto es, por un precepto legal, contrato o una actuación precedente (injerencia); y acuden —estos autores— a otras fuentes de peligro concreto, v.g. funciones en comunidad de peligro (alpinismo), deber de vigilancia de fuente de peligro, incluyendo el actuar precedente (injerencia).

G) LA INJERENCIA

Se suele designar como «*injerencia*» el caso en el cual se introduce un peligro en una esfera de existencia ajena que debe ser neutralizado por aquel que lo introduce cuando tal peligro amenaza con producir sus efectos⁵⁶.

El Legislador de 1995, en el párr. 2, letra b) del art. 11, estima que hay también deber jurídico de actuar cuando el omitente ha creado una situación de riesgo para el bien jurídico (Teoría de la injerencia). Según Gimbernat, de acuerdo con el tenor literal del precepto, al injerente —causante fortuita o imprudentemente de un peligro— se le hace responder inconsecuentemente no por un peligro, consumado o intentado, contra la vida o la integridad física, sino por una omisión propia agravada del art. 195.3 que no equivale a una acción⁵⁷. No parece, sin embargo, por ello decisiva la posición de garante.

Respecto de este punto de vista vendría hacer alguna precisión: el alcance de un posible delito de omisión

impropia o comisión por omisión se ve dificultado por la presencia del delito de omisión propia (agravado) del art. 195.3, en el cual se castiga al responsable de un accidente fortuito o imprudente, es decir, a un garante (omisión de garante), que no auxilia a la víctima del mismo. El legislador tipifica en el art. 11 párr. 2, letra b), a un garante por injerencia. Así pues, respecto del causante del accidente que abandona a la persona que ha atropellado y causado la muerte con su automóvil, debe resolverse el problema sobre si aquél debe ser sancionado por un delito de omisión —aunque agravado— del art. 195.3, o por un delito de omisión impropia (comisión por omisión) del art. 138 en relación con el art. 11 del Código penal. En el supuesto de causación fortuita o imprudente del peligro para el bien jurídico, si se produce el resultado lesivo por la omisión del causante del accidente, la acción imprudente estaría en concurso real con la omisión de socorro del art. 195.3⁵⁸. Pero si la acción inicial es lícita (fortuita) el sujeto sólo respondería por omisión de socorro del art. 195.1 y el resultado lesivo no sería imputable al creador del peligro, aunque, en todo caso, quien crea tal riesgo —fortuita o imprudentemente— no podrá ser castigado por delito doloso en comisión por omisión, es decir, por el resultado, por la sencilla razón de que no existiría tal dolo⁵⁹.

Por consiguiente, el delito de comisión por omisión por injerencia quedaría reducido a la provocación dolosa de la situación de peligro para un bien jurídico. El sujeto crea un foco de peligro fuera del control de riesgo permitido y, si se produce el resultado, dicho sujeto deberá asumir su responsabilidad por no haber controlado esa situación⁶⁰.

De otro lado y recientemente, la doctrina alemana se ha considerado contraria a la Tesis de la injerencia (hacer

55. Vid. BUSTOS-HORMAZÁBAL, Lecciones de Derecho penal, cit., págs. 228-229; GIMBERNAT, La omisión, cit., en Ensayos penales, págs. 285 y ss; ROMEO CASABONA, Los delitos de comisión por omisión, cit., pág. 231; Vid. Además, MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, Derecho penal, cit., 4.ª ed., pág. 259; CUADRADO RUIZ, La comisión por omisión, cit., pág. 445.

56. Vid. JAKOBS, La imputación penal, cit., pág. 20. Para MORALES PRATS (QUINTERO y Otros), Comentarios..., cit., art. 11, la injerencia supone la creación de una ocasión de riesgo para el bien jurídico por parte del omitente mediante una acción u omisión precedente. El juicio de equivalencia debe ser doloso; por tanto, sólo procederá —para el autor— en casos de injerencia dolosa.

En relación a este punto, el comportamiento precedente es un acto de *organización* que da lugar a un peligro que obliga al titular del «ámbito de organización» al aseguramiento de lo que se ha convertido en peligroso. La posición se alcanza mediante una acción (Vg., creación de un monopolio en el mercado; hacerse cargo de un animal sin dueño) o de una omisión (Vg., el titular de un vehículo debe evitar si éste no está en condiciones), en este sentido: Vid, JAKOBS, Derecho penal, cit., pág. 974.

57. Vid. GIMBERNAT, Prólogo, cit., ed. cit., págs. 25-26.

58. Vid. GÓMEZ RIVERO, La regulación de los delitos de omisión de socorro, en La Ley núm. 4, 1996, pág. 2. Para CEREZO, Curso, cit., pág. 265, se trataría de un concurso de Leyes a resolver con arreglo al principio de alternatividad; por otro lado, señala el propio autor, la creación del peligro puede ser consecuencia del cuidado objetivamente debido (p. 264); Vid. también HUERTA TOCILDO, Principales problemas, cit., págs. 41-42, quien para supuestos de imprudencia considera el concurso real.

59. Vid. BACIGALUPO, Delitos impropios de omisión, Buenos Aires, 1970, págs. 40 y ss.

60. Vid. BUSTOS-HORMAZÁBAL, Lecciones, cit., págs. 229-230. Según CEREZO, Curso, cit., pág. 264, para que se den los supuestos de injerencia del art. 11 debe tratarse de una infracción ilícita, sin que sea posible incluir los supuestos creados de modo fortuito, pero sí imprudentes, porque la creación del peligro puede ser consecuencia de la inobservancia del cuidado debido. No lo niego, pero entonces entraría en juego el art. 193.3 del Código penal.

Para GIMBERNAT, Recensión a E. Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, ADPCP, 1976, pág. 726, solamente si el peligro se ha creado dolosamente se produce una equiparación valorativa entre la omisión y la conducta activa; idem, El mismo, Comentarios al Código penal, Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 1999, págs. 417-418. SILVA SÁNCHEZ, Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal, en Problemas específicos de la aplicación del Código penal. Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, 1999-4, págs. 165 y ss, mantiene también una postura restric-

precedente) como sucesora del «*Versari in re illicita*» y contraria al Principio de Culpabilidad⁶¹.

H) LA DISMINUCIÓN DEL RIESGO Y OTRAS FUENTES DEL CONTROL DEL PELIGRO

La verdad es que la Tesis de la injerencia ha sido ya sobrepasada por otras fuentes de control del peligro, entre otras por la doctrina de la «disminución del riesgo» como consecuencia de una adaptación a la omisión impropia de la Teoría del «aumento del riesgo» que Roxin estableció para los delitos de acción⁶². La tesis de la disminución del riesgo, a la que hemos aludido ya con anterioridad (*supra*), es mantenida —total o parcialmente— por buena parte de la doctrina alemana; en ella, basta para imputar al garante el resultado típico, que el sujeto, de haber realizado la acción omitida, hubiera reducido el riesgo de lesión del bien jurídico⁶³. Se ha objetado, sin embargo, a esta teoría que infringe el principio «in dubio pro reo»⁶⁴.

Por otro lado, hoy la teoría de la injerencia va siendo, como señalábamos, ampliada o incluso superada por el nacimiento de otras fuentes de control de riesgo, por ejemplo: la estrecha relación vital⁶⁵, la comunidad de vivienda o de peligro, el dominio de la cosa o los deberes de aseguramiento de tráfico que limitan o amplían criterios anteriores⁶⁶.

De todos modos, la sola conducta precedente de crear un peligro (injerencia) no parece suficiente para fundamentar una posición de garante, pues no es lógico que quien crea el peligro —sin dolo ni imprudencia— cargue con el resultado lesivo doloso si no impide su producción, v.g. el conductor circulaba con prudencia atropella a un suicida que se abalanza sobre el vehículo y, por temor a problemas

posteriores, abandona al herido en la carretera. No parece que pueda considerarse el supuesto como caso de «*dolus subsequens*» ya que, para que la posición de garante tenga lugar, es necesario que la creación o aumento del riesgo sea atribuible a su autor⁶⁷. Sin embargo, el Código penal en su art. 11 no distingue según que la omisión precedente haya causado dolosa o imprudentemente el riesgo, con lo que parece dar a entender que toda omisión precedente hace surgir la posición de garante si se produce el resultado típico. No cabiendo siquiera la solución del art. 13 StGB de atenuación de la pena, al no ser dolosa la injerencia, se produce una situación un tanto anómala⁶⁸. De todos modos, como quiera que se tratará de comprobar la equivalencia de la omisión a la acción, cabría excluir los supuestos de creación fortuita del riesgo, como ya habíamos señalado con anterioridad (*supra*). En los casos de causación imprudente del peligro, cabría prever *de lege ferenda* una pena de gravedad intermedia, bien agravando la sanción de la omisión pura o atenuando la de la comisión por omisión del delito de resultado correspondiente⁶⁹.

I) LOS CRITERIOS MATERIALES

Otro punto para plantearse en relación al art.11 del Código penal es el relativo a la interpretación de la voluntad de la Ley considerando autores de un delito de comisión por omisión a personas que ocupen una situación de garantes desde un punto de vista material, v.g. los supuestos de parejas de hecho aunque no exista un deber de tipo formal, el caso del socorrista que no ha comenzado a ejercer sus funciones o el de un contrato nulo⁷⁰. Pero dado que el legislador, cuando enuncia las fuentes de posición de garante, no establece que «sólo» se equiparará, cabría quizá

tiva en la que sólo los casos de injerencia dolosa seguidos de omisión dolosa dan lugar a comisión por omisión dolosa, siendo por tanto subsumibles en el art. 11; *Idem*. El mismo, la regulación de la comisión por omisión, cit., pág. 67, considerando que el art. 195.3 regula como delitos propios de omisión agravados los supuestos en la que la víctima lo fuera por accidente fortuito o imprudente. En análogo sentido VIVES ANTÓN, Comentarios al Código penal de 1995, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág.88; *Vid.* Además MORALES PRATS, Comentarios, cit., pág.91; *Vid* también NÚÑEZ PAZ, art.195 en Comentarios al Código penal, ARROYO ZAPATERO, BERDUGO y otros (Dir.), lustel, Madrid, 2007, págs.466 y ss.

61. *Vid.* SCHÜNNEMAN, Grund und Grenzen, cit., págs. 313 y ss.

62. *Vid.* ROXIN, Strafrecht, AT, I, 3.ª Aufl., 1997, § 13, n.m. 76.

63. *Vid.* SCHÜNNEMAN, Unternehmens Kriminalität und Strafrecht, Köhln, 1979, págs. 207-208; especialmente, para el Derecho penal de la empresa; *idem*, STRATENWERTH, Strafrecht, cit., 2000, § 13, n.m. 54, para quien, en el delito de omisión, debe bastar que la acción exigida haya disminuido el peligro de producción del resultado; *Vid.* También RUDOLPHI, SK, cit., 2000, Vorb. 13, n.m. 16.

64. *Vid.* GIMBERNAT, La causalidad en la omisión impropia, ADPCP, cit., pág. 68.

65. Según JAKOBS, La imputación, cit., pág. 52, resulta totalmente equivocado, sin embargo, querer sustituir el vínculo matrimonial por el de la estrecha comunidad de vida (útil si ofrece un refugio social pero no si se organiza a su libre arbitrio y no contribuye en nada a una determinada identidad social ni pertenecen a la competencia por organización). A pesar de ello, por ejemplo el cuerpo de bomberos no puede, aún sin estar organizado, abandonar su papel auxiliar cuando hay fuego.

66. *Vid.* GIMBERNAT, La omisión impropia..., en Ensayos penales, cit., págs. 287 y ss. En cuanto a la concepción formal de la posición de garante, *Vid.* SsTS de 31-10-1991 (A-7473) y 6-10-1995 (A-7400).

67. Cf. MIR PUIG, Derecho penal, 4.ª ed., cit., pág. 313.

68. Cf. MIR PUIG, Derecho penal, 4.ª ed., cit., pág. 315.

69. Cf. MIR PUIG, Derecho penal, 4.ª ed., cit., pág. 314.

70. El catálogo de casos abarca, como vimos en su momento (*supra*) desde la niñera hasta el guía de montaña sin presuponer un contrato válido (JAKOBS, La imputación, cit., pág. 33).

considerar *de lege data* y no sólo *de lege ferenda*, como señalamos antes (*supra*), que los supuestos mencionados y análogos tienen el carácter de meros ejemplos⁷¹. Tal interpretación de asunción fáctica de los citados supuestos y otros análogos se ha considerado, sin embargo un tanto forzada, por algún autor⁷². Parece factible, no obstante, que se haya asumido, en los supuestos aludidos y en los análogos, una interpretación «teleológico-restrictiva» en el sentido de asunción fáctica de la función de protección del bien jurídico o de control de otras fuentes de peligro; lo que se denomina «concepto mixto formal-material».

Finalmente, comparto la opinión de que se expliciten junto a las fuentes formales otras de carácter material, cuestión a la que anteriormente aludí; y aunque no se realice, lógicamente, de modo exhaustivo, como señalaba por ejemplo el art. 13.2 del Código penal de Brasil, donde se hace una regulación del delito impropio de omisión con indicación de determinadas posiciones de garante tanto formales como materiales⁷³.

De todos modos, comparto la opinión de que, aunque el Código penal señale con mayor o menor amplitud las fuentes formales, ello no supone en absoluto la identidad entre comisión y omisión.

Así todo, independientemente de que se mantenga un criterio material o formal respecto de la posición de garante, existe ya un consenso generalizado en relación a que, por ejemplo, situaciones como las relaciones familiares cercanas constituyen a sus miembros —ligados por la relación de parentesco— en posición de garante.

J) EL REQUISITO DE LA EQUIVALENCIA. LA TESIS DE GIMBERNAT

Por último, en relación al requisito de la equivalencia, no parece bastar la presencia de un deber de actuar (garante) para poder afirmar que la omisión equivalga a la acción como exige el inciso primero del art. 11 del Código penal, ya que una cosa es que exista el deber y otra que la omisión realice un tipo de comisión⁷⁴.

El problema, en parte tratado con anterioridad (*supra*), se plantea con el hacer precedente o teoría de la injerencia. De acuerdo con lo que establece la letra b) del párrafo segundo del art. 11, hay deber jurídico de actuar cuando el omitente ha creado una situación de riesgo para el

bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente. Pero en el ejemplo del conductor imprudente que atropella al peatón y huye —sin socorrerle— del lugar del accidente, a conciencia de que posiblemente muera, se entiende que el sujeto ha causado la muerte de la víctima, lo que constituiría un homicidio doloso del art. 138. Pero la presencia del art. 195.3 —modalidad agravada de omisión de socorro— hizo considerar, como parece que estima el propio art. 11 del Código, que habría de sancionarse como omisión, aunque agravada del citado precepto (195.3).

El mismo art. (195.3) no exceptúa la posibilidad de apreciar comisión por omisión al no requerir la producción efectiva del resultado ni que éste sea doloso. Un sector doctrinal se manifiesta en torno a que, si el hecho es doloso o intencional debería admitirse la comisión por omisión, quedando tal precepto a los supuestos menos graves. Es sin duda dominante el punto de vista de que la conducta precedente de creación del peligro no es suficiente para la fundamentación de la posición de garante. No parece, sin embargo, lógico que quien cree el peligro precedente sin dolo ni imprudencia, es decir fortuitamente⁷⁵, deba ser sancionado del mismo modo que quien actúe dolosamente.

Se trata de resolver el problema ante la presencia de dos tipos penales que aparentemente pueden regir para un mismo hecho. Ya expusimos con anterioridad (*supra*) que habría que establecer si la situación de riesgo para el bien jurídico fue provocada de manera fortuita, imprudente o dolosa.

En el supuesto de provocación imprudente, si la lesión es producida por inactividad de quien causó el accidente, se ha creado un riesgo mediante la acción inicial, y la omisión posterior es ajena al resultado (imprudente). La responsabilidad estará constituida por la acción inicial típica imprudente en concurso real con la omisión de socorro del art. 195.3.

Pero si la acción inicial es fortuita, no existirá responsabilidad penal, salvo por el tipo básico de la simple omisión de socorro del art. 195.1.

Con ello, el delito de comisión por omisión por injerencia queda reducido a los supuestos de creación dolosa de una situación de riesgo para el bien jurídico⁷⁶.

71. Vid. BACIGALUPO, Principios de Derecho penal, cit., pág. 409; también SILVA SÁNCHEZ, La regulación de la comisión por omisión, cit., pág. 68. En el sentido indicado CUADRADO RUIZ, La comisión por omisión, cit., pág. 456.

72. CERESO, Curso, cit., pág. 266.

73. Vid. CUADRADO RUIZ, La comisión por omisión, cit., pág. 456.

74. BACIGALUPO, Conducta precedente y posición de garante en Derecho penal, ADPCP, 1970, pág. 41.

75. Como Vg. en el supuesto del suicida que se arroja bajo las ruedas del conductor prudente.

76. En este sentido, BUSTOS-HORMAZÁBAL, Lecciones, cit., pág. 230. Esencialmente, MIR PUIG, Derecho penal, cit., 4.ª ed., págs. 312-313. Vid, sin embargo, STS 9-6-1999 (A-6509).

CERESO MIR, Curso, cit., pág. 265, considera que cuando el accidente se deba a imprudencia estaríamos ante un concurso de Leyes o de normas, a resolver con arreglo al principio de alternatividad (artículo 8, 4.ª del Código penal), pero estima, sin embargo, que si no concurren los elementos del tipo de comisión doloso, estaríamos ante un Concurso real de delitos entre un delito de acción imprudente y uno de omisión propia agravada (195.3). Vid. También GÓMEZ RIVERO, ob. ult. Cit., pág. Cit., para quien habría que apreciar en estos supuestos un Concurso real de delitos.

Nuestro punto de vista ha sido expuesto más arriba pero, desde luego, la creación de un riesgo debe ser atribuible a su autor, y no me parece que pueda serlo si aquel no debió o no pudo prever tal riesgo⁷⁷. En el supuesto de riesgo fortuito me remito a lo expuesto anteriormente (*Vid. supra*).

En cuanto a la causación imprudente de un peligro, ya señalamos *de lege ferenda* la posibilidad lógica de prever una pena agravada para el caso de la omisión simple o bien atenuar la pena de la comisión por omisión como se establece en el art. 13.3 del Código penal alemán⁷⁸.

Un sector importante de la doctrina, a la vista de la capacidad expansiva del criterio material y no sólo formal de la posición de garante, se plantea incluso su sustitución⁷⁹, y exigen el requisito de la equivalencia entre la acción y la omisión desde el punto de vista estructural, de la cual dependería la existencia del delito de comisión por omisión⁸⁰. Desde otro punto de vista se afirma, sin embargo, la imposibilidad de una entidad estructural o material ni en el plano ontológico ni en el normativo, entendiéndose que, entre la omisión y la acción correspondiente, sólo cabe establecer una relación de equivalencia, pero no de identidad valorativa⁸¹.

Esta exigencia de identidad o equivalencia estructural, surge ante la posibilidad de expansión de la Teoría material de la posición de garante frente a la Teoría formal. En esta línea se mantiene también Gimbernat, para quien dicha equivalencia surge de la comprobación de la preexis-

tencia de un foco de peligro, lícito en tanto se encuentra dentro del ámbito del riesgo permitido, pero que deviene ilícito si sobrepasa dicho riesgo por la intervención dolosa o imprudente del sujeto que tiene la obligación de controlarlo (garante), es decir, cuando la no realización de la acción (omisión) hace que este foco sobrepase el riesgo permitido y conduzca a la realización del resultado prohibido.

Por tanto, y en resumen, la base de esta teoría radica en evitar que se sobrepase el foco de peligro no tolerado y se mantenga dentro de los límites del riesgo permitido⁸².

Ciertamente, con este criterio de los deberes de control del foco de peligro preexistente, consigue Gimbernat una indudable reducción en el ámbito de los delitos de omisión impropia, ya que, si no existe este foco, no se necesita a nadie encargado de su vigilancia, lográndose poner un límite a la «fuerza expansiva» de las fuentes materiales de la posición de garante; pero, v.g., en el supuesto del marido cuya mujer sufre un súbito ataque de un asesino (ejemplo de Gimbernat), no cabría la responsabilidad del marido si éste no hace nada, pues no habría foco de peligro preexistente; del mismo modo sucederá en el caso del marido que no auxilia a la mujer que cae a una zanja cubierta con un saco⁸³.

En todo caso, aunque Gimbernat no abandona la expresión «posición de garante», su teoría sobre la «vigilancia de una fuente de peligro» parece distinta a lo que la doctrina dominante entiende como tal⁸⁴.

MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte Especial, 12.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, cit., pág.219, entiende que el comportamiento creador del riesgo (injerencia) ha de ser doloso, aunque el accidente se haya producido imprudentemente. Para BACIGALUPO, ob. ult.. Cit., págs. 40 y ss., es impune el supuesto de riesgo fortuito y, aunque punible el imprudente, no deberá ser sancionado como delito impropio de omisión por la simple razón de que faltaría el dolo.

GIMBERNAT, Prólogo, cit., ed.2002, pone de relieve, sin embargo, que, aunque el Código penal se acoja al criterio de la injerencia como fundamentador de una omisión impropia (comisión por omisión), en el art. 195.3 al injerente causante de un accidente se le hace responder inconsecuentemente no por un delito consumado contra la vida o la integridad física en comisión por omisión, sino por una omisión propia que no equivale a una acción.

77. *Vid.* MIR PUIG, Derecho penal, cit., pág. 313.

78. En sentido análogo, *Vid.* MIR PUIG, Derecho penal, cit., pág. 314; Sobre estos delitos de gravedad intermedia (omisiones propias de garante), que tendrían una pena superior a la de la omisión propia del no-garante pero inferior a la del correspondiente delito de comisión por omisión, *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, cit., págs. 344 y 347. *Vid.* también HUERTA TOCILDO, Principales novedades, cit., págs. 42-43, quien en este último supuesto de atropello imprudente, considera el concurso real con una falta de homicidio o lesiones imprudentes.

79 *Vid.* GRACIA MARTÍN, Los delitos de comisión por omisión, cit., págs. 477-478; En sentido similar, GIMBERNAT, Causalidad, omisión e imprudencia, cit., pág. 41; *idem*, La causalidad en la omisión impropia, cit., pág.717, aunque sin exclusión de la posición de garante.

Vid. Además LUZÓN PEÑA, La participación por omisión en la Jurisprudencia..., cit., págs. 234 y ss.; HUERTA TOCILDO, Principales..., cit., págs. 27 y 31.

80. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, cit., pág. 369.

81. Cf. CEREZO, Curso, cit., pág. 269. en idéntico sentido, ROMEO CASABONA, Límites, cit., págs.46-48.

82. GIMBERNAT, La causalidad en la omisión impropia, cit., pág. 72; *idem*. El delito de omisión impropia, RDPC, 1999, págs. 525-553; *ídem*. La omisión impropia en la dogmática alemana, cit., págs. 257 y ss; *idem*. en Modernas tendencias, cit., págs. 366 y ss.

83. Cf. BUSTOS – HORMAZÁBAL, Lecciones, cit., págs. 222-223.

84. Para GRACIA MARTÍN, En Modernas tendencias..., cit., pág. 478, nota 264, la posición de garante no es en absoluto elemento constitutivo del delito de comisión por omisión, aunque pueda ser el elemento que suponga una mayor gravedad del injusto. Por lo tanto, no todas las omisiones de garante constituirían comisión por omisión.

K) CONSIDERACIONES FINALES

A mi juicio, para establecer la equivalencia entre acción y omisión impropia, deben valorarse por una parte el comportamiento omitido y la acción prohibida y, de otra parte, el deber jurídico de evitar el resultado⁸⁵. No será suficiente con la posición de garante sobre las fuentes formales o la injerencia (hacer precedente) para la equivalencia, como el Código penal entiende en el supuesto del art.189.5⁸⁶. En este supuesto, no se equipara la pena a la correspondiente del delito de acción. Sin la tipificación del citado delito de omisión propia, el autor sería sancionado por delito de omisión impropia (comisión por omisión) con la pena del art. 187.⁸⁷

Por lo tanto, la posición de garante supone sólo un aspecto de la valoración, pues previamente debe apreciarse si, en esa situación concreta, el sujeto —ante esa fuente de peligro— tiene el deber de control de la misma; v.g, en el supuesto del marido que no hace nada para sacar a su mujer del hoyo en el que había caído⁸⁸; para esta posición habría responsabilidad, por ejemplo, por homicidio independientemente de que la fuente de peligro sea preexistente o se trate de un repentino ataque al bien jurídico⁸⁹.

Cabe reconocer, sin embargo, que la tesis de Gimbernat supone un freno para la fuerza expansiva de la posición de garante y un paso adelante en orden a la equivalencia entre acción y omisión. Por consiguiente, no basta con comprobar la existencia de posición de garante para establecer la equiparación entre acción omisión, ya que en el propio Código penal existen algunos supuestos en que se sancionan igualmente omisión propia e impropia, como anteriormente señalábamos⁹⁰.

Por último, conviene recordar que existen actividades que a pesar de constituir focos de peligro son prácticas lícitas o tolerables si se desarrollan dentro de determinados

límites (v.g. tráfico, depósitos de energía atómica, etc.); éstas entran dentro del riesgo permitido que no debe ser sobrepasado. Mas si se excede este límite, nos encontraremos dentro de un delito de omisión impropia (comisión por omisión), siendo, dicha omisión, equivalente a la acción prohibida.

El juicio valorativo de equivalencia habrá de determinar si el obligado (garante) estaba en condiciones psicofísicas de realizar la acción omitida y si ésta hubiera evitado —con seguridad— la lesión del bien jurídico.

Hemos visto que al tipo objetivo de los delitos de omisión pertenecen, sin duda, la no realización de una acción ordenada y la capacidad individual de acción en la situación concreta. En los delitos de comisión por omisión hay que añadir, según la doctrina dominante, el resultado y la probabilidad —rayana en la certeza— de evitarlo⁹¹. Así pues, se ha de acudir a un criterio valorativo (ya que se rechaza mayoritariamente la causalidad en la omisión en el sentido de un a producción real del resultado) que se conoce en la doctrina como causalidad hipotética. Este criterio juega con dos hipótesis: la agregación de una acción inexistente y la certeza («probabilidad») de la no producción del resultado⁹².

Pertenecen al tipo objetivo de los delitos de comisión por omisión el deber de actuar, es decir, la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo. A tal posición de garante corresponde una específica función de protección del bien jurídico y de control de una fuente de peligro, superándose así la teoría formal del deber jurídico que consideraba la ley, contrato y actuar precedente (Teoría del la injerencia). Se fundamenta de este modo la posición de garante en la relación material existente entre el autor y el bien jurídico⁹³. Todo lo cual no significa que estos puntos de vista no sean discutibles ni impide que puedan considerarse otros plantea-

85. Vid. NÚÑEZ PAZ, Notes on action, omission (offenses of failing to act) and commission by omission in Spanish Law», en AA.VV., *Prawo w XXI wieku*, Ed. Scholar, Varsovia, Polonia, 2006, págs. 630 y ss.

Vid. También STS 23-10-1996.

86. El reformado (noviembre 2003) art. 189.5 del Código penal castiga con pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses al que teniendo bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz, o sea al garante, que no impida su prostitución.

87. Donde se castiga «inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución» con pena superior: prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

88. Cf. BUSTOS–HORMAZÁBAL, Lecciones, cit., págs. 226-227, quienes ponen de relieve que, en determinados supuestos en los que se exige un resultado concreto, la equivalencia no podría establecerse, Vg.. cuando la acción prohibida se produce con el «golpear». Vid. Además MIR PUIG, Derecho penal, cit., pág. 204.

GRACIA MARTÍN, Los delitos de comisión por omisión, cit., págs. 411-412, estima conceptualmente posible que la producción de un resultado sea imputable a una omisión con idéntico pensamiento material que lo es a una acción, sobre la base de que el omitente se incorpore al proceso causal dirigido a la producción del resultado en su esfera de dominio social.

89. Vid. KAUFMANN, Armin, Die Dogmatik, cit., pág. 283.

90. Vid., Vg., Artículo 189.5 en vez del Artículo 187.1 del Código penal español / También el art. 193.3 en vez de, por ejemplo, art. 138 del Código penal.

91. Vid. JESCHECK-WEIGEND, Lehrbuch, cit., págs. 617-620

92. Vid. BUSTOS – HORMAZÁBAL, Lecciones, cit., pág. 206.

93. Cf. MIR PUIG, Derecho penal, cit., 4.ª ed., pág. 305, quien estima este punto de partida con base en la Teoría de las funciones de Armin KAUFMANN (Die Dogmatik, cit., págs. 283 y ss). Vid. Además BACIGALUPO, Delitos de omisión, cit., págs. 143 y ss.

mientos como la creación o aumento de un peligro atribuible a su autor o el de que, si hubiera realizado la acción esperada, hubiera disminuido el riesgo; además es posible considerar otros elementos que pudieran concurrir en relación a la función del bien jurídico, de la que se hace res-

ponsable al garante, v.g., la existencia de una estrecha vinculación familiar, la dependencia de una persona respecto de otra, la injerencia y el deber de control de una fuente de peligro, la vigilancia de otras personas y, en definitiva, el llamado deber de aseguramiento de tráfico⁹⁴

94 *Vid.* MIR PUIG, Derecho penal, cit., 4.^a ed., págs. 308 y ss. Opino, sin embargo, con STRATENWERTH, Strafrecht, cit., 4.^a Aufl., pág. 338, ídem. Derecho penal, II, cit., pág. 304, que no existen motivos para agravar penalmente la conducta de quien inicia el auxilio de otro cuando ni aumenta el peligro ni disminuye la posibilidad de que operen otras ayudas. Conf.. MIR PUIG, Derecho penal, cit., pág. 311. Sería absurdo —aduce Mir— que, al producirse la muerte de la víctima de un accidente de tráfico, el que hubiese omitido prestar socorro respondiera sólo de omisión de socorro (artículo 195 del Código penal), mientras que el que hubiera empezado a auxiliarle respondiera de homicidio, por haber desistido posteriormente de su ayuda. Todo lo cual demuestra que no es preciso consentimiento contractual alguno para que resulte justificada la posición de garante.