

# REFLEXIONES SOBRE LAS DISTINTAS CATEGORÍAS DE DELITOS DE OMISIÓN Y SU PRESENCIA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Esteban GARCÍA NAVARRO

Doctor en Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

**Resumen:** La naturaleza sociable de los seres humanos les hace relacionarse con otras personas a través de la conducta, en cualquiera de sus dos modalidades: acción u omisión. El presente artículo está dirigido al estudio de los delitos de omisión, con especial hincapié en la conducta omisiva y, dentro de esta, en las clases de causalidad que la relacionan con el resultado, así como, ya en el ámbito de lo típico, de la posición de garante que ocupa el sujeto activo en gran parte de las infracciones de omisión. A partir de dichos elementos se realiza una clasificación de los delitos de omisión, se estudia el art. 11 CP, y se analiza su presencia en el Código vigente.

**Palabras clave:** omisión; capacidad de acción; expectativa de acción; causalidad; posición de garante; clasificación y tentativa de los delitos de omisión.

**Abstract:** Humans' sociable nature makes them relate with some other people through conduct, in either way: action or omission. In the present article, the distinctive elements of the omission crimes are contemplated, specially the typical conduct and, within this notion, the different types of causalities that connect it with the result; as well as the position of guarantor that the active subject in most of the omission infractions holds. Moreover, a classification of omission crimes is made, article 11<sup>th</sup> of the Criminal Code is analysed, and answer is given to the possibility of considering the attempt of aforementioned crimes.

**Keywords:** omission; capacity of action; expectation of action; causality; guarantor position; classification and attempt of crimes of omission.

## 1. La omisión: Concepto y caracteres

La persona humana es un ser sociable, capaz de pensar (razón), de decidir y de ordenar la propia conducta (voluntad), con conocimiento interior del bien y del mal (conciencia). La razón permite responder a la pregunta ¿qué debo hacer?, ante cualquier situación que se presente o para alcanzar la finalidad pretendida. La voluntad, por su parte, proporciona respuestas a las preguntas ¿cuándo y cómo actuar? La conciencia, a su vez, es el primer filtro para analizar la conducta, antes incluso de materializarse. La naturaleza sociable deriva de la necesidad de satisfacer el desarrollo tanto físico como psicológico de la persona y de facilitar la convivencia, mediante la cooperación entre los miembros de la sociedad. Tales características configuran a cada persona como un ser único, libre, dotado de dignidad, situado en un plano de igualdad respecto de los demás, que es sujeto de derechos y deberes de índole moral y social.

### 1.1 *Concepto de omisión*

La conducta es el instrumento de nuestra voluntad y se manifiesta en cualquiera de sus dos modalidades: acción u omisión. Solo es posible construir la definición del comportamiento humano, sustrato de ambas, tomando como base el único rasgo común de las dos formas de conducta: la capacidad de acción, lo que conlleva un significado amplio del mismo. Armin KAUFMANN<sup>1</sup> manifiesta al respecto lo siguiente: «Con la capacidad de acción como elemento común, en el «comportamiento» cabe llegar al concepto genérico que abarca los dos modos en que la persona puede reaccionar ante su entorno: aprovechando su capacidad de acción (obrar) o no (omitir)». Así pues, podemos definir dicho comportamiento como la conducta de la persona humana dotada de capacidad para realizar una acción finalista, en una situación concreta, con trascendencia exterior al propio sujeto. La capacidad de acción en el caso del hacer podemos calificarla de «real» y se manifiesta en la propia ejecución de la ac-

---

<sup>1</sup> KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 318.

ción, y en el de la omisión podemos denominarla, en palabras de KAUFMANN<sup>2</sup>, «poder fáctico final potencial».

La Real Academia Española asigna a la omisión el significado siguiente: «abstención de hacer (...)»<sup>3</sup>. Dicha definición requiere determinar el sujeto del verbo «omitir» y completar el expresado «hacer»: aquel solo puede ser quien tiene capacidad de poder actuar; a su vez, la actuación omitida ha de tener una finalidad concreta. Por tanto, podemos decir, siguiendo a CEREZO MIR<sup>4</sup>, que «... la omisión es la no realización de una acción finalista que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba».

Para su constatación en las relaciones sociales es preciso que la omisión trascienda del propio omitente, para lo cual es necesario que las demás personas perciban, como tal, dicha modalidad de comportamiento, aunque dicha percepción no es elemento constitutivo de la omisión.

## 1.2 Caracteres de la omisión

Entrando en mayores detalles, es posible afirmar que la omisión supone no realizar una acción finalista. Pero dicha omisión no podemos entenderla exclusivamente como inactividad, sino que también puede conllevar la realización de otra actividad distinta y excluyente de la que se omite, pues como sostiene Armin KAUFMANN<sup>5</sup>: «El omitir no niega el actuar como tal, sino solo un actuar en determinada dirección, una acción concreta».

Aunque normalmente la voluntad está presente en la omisión, no es inherente a ella; pues, como señala CEREZO MIR<sup>6</sup>, también cabe contemplar la posibilidad de que aquella se haya producido por olvido del omitente, lo que permite establecer dos clases de omisiones: voluntarias e involuntarias.

En los comportamientos omisivos voluntarios (al igual que en la acción) la voluntad implica que está presente la motivación, pues

---

<sup>2</sup> *Idem*, p. 317.

<sup>3</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23.<sup>a</sup> Ed., acepción 1.

<sup>4</sup> CEREZO MIR, J., *Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)*, Madrid: UNED, 1997, p. 161.

<sup>5</sup> KAUFMANN, A., *ob. cit.*, pp. 45 y 46.

<sup>6</sup> CEREZO MIR, J., *ob. cit.*, p. 162.

es la causa de la conducta. En relación con la motivación, REEVE<sup>7</sup> distingue entre motivos internos y externos. Los primeros están constituidos por las necesidades, que «... son condiciones dentro del individuo que resultan esenciales y necesarias para la preservación de la vida y la nutrición del crecimiento y el bienestar», las cogniciones, que «... se refieren a sucesos mentales específicos, como las creencias y expectativas, y a estructuras organizadas de creencias, como las del autoconcepto», y las emociones, que «... organizan y controlan cuatro aspectos interrelacionados de la experiencia: sentimientos, preparación fisiológica (la forma en que nuestro cuerpo se mueve para satisfacer requerimientos situacionales), función (qué queremos lograr) y expresión (cómo comunicamos nuestra experiencia interna públicamente a otros)». Los segundos, motivos extrínsecos, están constituidos por «... aquellos incentivos y consecuencias ambientales que proporcionan energía y dirección a la conducta». Respecto de estos últimos, el citado autor también incluye entre los acontecimientos externos «... contextos ambientales, situaciones sociales, entornos..., fuerzas sociológicas y la cultura».

La omisión precisa de la capacidad de acción, que está constituida por elementos objetivos y subjetivos. En relación con estos últimos hemos de señalar que, como sostiene, es necesario, al menos, la cognoscibilidad tanto de la situación como de los medios necesarios, de elegirlos y de emplearlos para llevar a cabo la acción final. Respecto de la situación y frente a lo que sostiene Armin KAUFMANN<sup>8</sup>, hay que considerar suficiente su cognoscibilidad, pues: «Quien no se ha planteado siquiera la posibilidad de concurrencia del objeto de la conducta, omite si hubiera podido representárselo habida cuenta de las circunstancias concurrentes»<sup>9</sup>.

La capacidad de acción se manifiesta en un dominio final potencial, no pudiendo calificarse de real ya que la acción no llega a realizarse. Dominio que supone la capacidad para coordinar, controlar y dirigir la conducta omitida.

Ha de valorarse *ex ante* y de manera objetiva; es decir, desde la óptica de un observador de la situación concreta sometida a juicio que tuviese los mismos conocimientos que el sujeto.

---

<sup>7</sup> REEVE, J., *Motivación y emoción*, México D. F.: McGraw-Hill, 2003, 3.ª Ed., pp. 6 y 7.

<sup>8</sup> KAUFMANN, A., *ob. cit.*, pp. 317 y 318.

<sup>9</sup> LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Comportamiento omisivo y Derecho Penal*, Madrid: Dykinson, 2004, p. 442.

Solo puede atribuirse a «... quien encontrándose en la situación apropiada y disponiendo de los medios, capacidades y conocimientos necesarios, tenga la posibilidad de conocer el concurso de una y otros y de dirigir su conducta hacia el fin previamente asumido...»<sup>10</sup>.

La percepción de la omisión por otras personas es subjetiva, pues está relacionada con su modo de pensar o de sentir y este, a su vez, está influenciado por el entorno sociocultural.

### 1.3 Omisión y expectativa

Algunos autores, como MEZGER y GALLAS<sup>11</sup>, añaden un elemento constitutivo más a la omisión «que el hacer fuera esperado»: la expectativa de acción. En relación con este concepto, se puede afirmar que «... no tiene virtualidad constitutiva, ni es necesaria para perfilar los límites de la omisión. El comportamiento omisivo existe con anterioridad a la existencia de una expectativa. La importancia de la misma se circunscribe a la comprobación de la concurrencia de una omisión en cualquier caso preexistente»<sup>12</sup>.

En la misma línea de pensamiento, Armin KAUFMANN propugna que «... la «acción esperada» no pasa de ser una metáfora de la «acción prescrita»...»; por tanto, es consecuencia de la relatividad del concepto de omisión (referido de forma necesaria a una determinada acción no realizada), para cuya verificación se requiere imaginar esta<sup>13</sup>. En este sentido, «... no solo con respecto a acciones hay «motivo» de «expectativa», sino, asimismo, con respecto a omisiones; no solo se defraudan expectativas *no* obrando, sino con mucha mayor frecuencia *obrando*»<sup>14</sup>.

La expectativa de acción denota el interés de terceros en la realización de la acción finalista y se basa en la naturaleza racional y sociable de la persona humana. Se puede definir como la apreciación por terceros de la posibilidad de que una persona con capacidad para ello lleve a cabo una acción finalista, en una situación determinada, y cuya frustración constituye un referente para verificar la omisión.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 458.

<sup>11</sup> Citados por KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 73.

<sup>12</sup> LACRUZ LÓPEZ, J. M., *ob. cit.*, p. 483.

<sup>13</sup> KAUFMANN, A., *ob. cit.*, p. 71.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 74.

En la expectativa de acción podemos distinguir entre:

- «Conducta esperada», basada en la naturaleza racional y sociable del ser humano, así como en los principios y valores asumidos por este, derivada de las relaciones recíprocas presentes en la sociedad (sujetas a la previsibilidad lógica del comportamiento), e influenciada por el entorno sociocultural, por lo que su configuración no requiere normas de ninguna naturaleza.
- «Conducta debida», que constituye un deber impuesto por las normas y, por tanto, es exclusiva del ámbito jurídico. La «conducta debida» está englobada por el concepto más amplio de la «conducta esperada»; por tanto, la afirmación de que todo deber conlleva una expectativa de acción es cierta, pero no lo es la aseveración contraria, ya que no toda expectativa de acción se deriva de un deber.

Su función principal consiste en servir de referencia exterior para verificar la existencia de una omisión previa. Veamos un ejemplo relacionado con el saludo de cortesía:

Cuando dos desconocidos se cruzan en la calle sin saludarse no se puede afirmar que exista un comportamiento omisivo por su parte; por el contrario, cuando los que se encuentran son dos amigos, no saludarse sí conlleva una omisión que, a su vez, manifiesta una desconsideración hacia el otro. En ambos casos se omite una acción final (comportarse con cortesía), los sujetos tienen capacidad para haber realizado la acción omitida (saludar) en la situación concreta (al encontrarse en la vía pública). Si comparamos ambos supuestos, surge la pregunta siguiente: ¿qué es lo que permite que en el segundo caso se aprecie la omisión? La respuesta es: la expectativa de acción.

Así pues, la frustración de una expectativa de acción permite verificar la omisión previamente existente, ya sea en su modalidad de simple inactividad (por ejemplo, no saludar a un amigo) o de acciones positivas distintas de las esperadas por las demás personas (por ejemplo, alejarse corriendo cuando una persona solicita ayuda).

La expectativa de acción implica una valoración negativa cuando se frustra mediante un comportamiento omisivo.

Así pues, cuando la omisión se refiere a una «conducta esperada» nos situamos en el ámbito prejurídico; si el objeto de la omisión es una «conducta debida» estamos en el plano jurídico. La sabiduría popular nos puede servir, a modo de ejemplo, para poner de manifiesto la diferencia entre los conceptos prejurídico y jurídico de la

omisión. En el dicho «quien calla otorga» se refleja la apreciación que la sociedad tiene de la omisión, pues ante una situación en la que se requiere una opinión discrepante y existe una expectativa en los presentes de que aquella se produzca, si voluntariamente no se emite, pudiendo hacerlo, aquellos asocian tal comportamiento a un significado anuente, que conlleva una trascendencia exterior a quien omite. En un estadio posterior, el legislador sanciona, a través de los tipos penales, el silencio que frustra una expectativa jurídica de comportamiento con los consiguientes efectos negativos que se derivan para la salvaguarda de determinados bienes jurídicos; así, por ejemplo, castiga como delito de falso testimonio, silenciar hechos o datos relevantes por quien es testigo, perito o intérprete en causa judicial; con lo que, en este caso, la omisión adquiere trascendencia penal y, por tanto, se ha transformado en concepto jurídico.

Como consecuencia de lo anterior, podemos definir la omisión con relevancia jurídico-penal como la no realización de una acción finalista necesaria *ex ante* para la protección de determinados bienes jurídicos, por quien tiene capacidad para ello en la situación concreta, y que constituye un deber de actuación impuesto por la norma penal.

**Tabla 1. Caracterización de las modalidades de conducta**

MODALIDADES DE LA CONDUCTA	
ACCIÓN	OMISIÓN
Realización de una acción finalista.	No realización de una acción finalista.
La voluntad es requisito necesario.	La voluntad no es requisito necesario.
Capacidad real de acción.	Capacidad potencial de acción.
Percepción objetiva de la conducta.	Percepción subjetiva de la conducta.
Causalidad física.	Causalidades hipotética o en el ámbito sociocultural.

## 2. Elementos distintivos de los delitos de omisión

Los tipos penales son referentes externos normativos que constituyen los filtros a través de los cuales la omisión adquiere naturaleza jurídica, han de responder a la realidad social y servir para seleccionar de los posibles comportamientos omisivos aquellos a los que el legislador concede trascendencia penal. El tipo penal describe, en el supuesto de hecho, las características que han de concurrir en

un comportamiento para dar lugar a la intervención penal; por ello, conforme señala MIR PUIG<sup>15</sup>, su estructura consta de los elementos siguientes: la conducta típica (con sus componentes objetivo y subjetivo), los sujetos (activo y pasivo), el Estado (llamado a reaccionar con una pena) y los objetos (material y jurídico).

Los elementos que podemos considerar distintivos de los delitos de omisión respecto de los de acción son los siguientes: la conducta típica y, dentro de esta, las clases de causalidad que la relacionan con el resultado, así como la posición de garante que debe ocupar el omitente en la mayoría de las infracciones de omisión.

## 2.1 *La conducta típica*

En este apartado procederemos a analizar los elementos del tipo de los delitos de omisión que hacen referencia a la conducta, distinguiendo entre los de carácter objetivo y subjetivo.

### 2.1.1 Los elementos objetivos de la conducta típica omisiva: Especial referencia a la causalidad en la omisión

En lo que respecta al componente objetivo de la conducta típica, se puede señalar en primer lugar que está constituido por un comportamiento externo consistente en no realizar una acción finalista constitutiva de un deber (general o especial) impuesto por el legislador para la salvaguarda de un bien jurídico, teniendo capacidad para llevarla a cabo; por lo que dicho comportamiento puede manifestarse por la simple inactividad corporal o, más comúnmente, por la realización de una acción distinta de la debida.

Además, conlleva siempre la infracción de un deber y también puede incluir la existencia de una lesión o daño para un bien jurídico o su puesta en peligro. Tal y como señala el Tribunal Supremo<sup>16</sup>: «La estructura del tipo objetivo del delito de comisión por omisión se integra por tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la im-

---

<sup>15</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: Reppertor, 2002, 6.ª ed., pp. 216 a 219.

<sup>16</sup> STS (2.ª) de 22 de enero de 1999 (CENDOJ, N.º ROJ: 241/1999, ponente: Carlos GRANADOS PÉREZ), Fundamento de Derecho 2.º

putación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo».

En los delitos de omisión en que el tipo penal requiere la producción de un resultado –entendiendo por tal el efecto lesivo o de peligro producido en el bien jurídico penalmente protegido (sea este material o inmaterial) y que es o puede ser consecuencia de la conducta ilícita– otro elemento distintivo es la causalidad que, si bien en las infracciones penales de acción es natural, en las de omisión hemos de determinar su naturaleza.

La premisa de que en los comportamientos omisivos que conllevan la producción de un resultado no es posible encontrar una causalidad física ha dado lugar, como manifiesta SILVA SÁNCHEZ<sup>17</sup>, al planteamiento del denominado «problema de la equiparación», que implica buscar otros criterios para decidir qué omisiones y en qué circunstancias deben ser castigadas penalmente. Según este modelo, las omisiones no son «causa» sino «equiparables a las causas».

Para este tipo de planteamientos, la causalidad de dichos comportamientos es una idea y, como tal, hay que situarla en el ámbito del pensamiento. En este sentido, conviene hacer referencia al proceso de razonamiento seguido por MEZGER-BLEI<sup>18</sup> «1) la causalidad «es un concepto lógico y pertenece a la ciencia en general»; 2) si es cierto –se afirma– que el derecho debe delinear sus propios conceptos, en este caso «los intereses del derecho penal podrían exigir que la consideración causal se realizara en base a (sic) esta forma de pensamiento, y así es en efecto»; 3) pero de cualquier forma es de preguntarse «¿cómo nada, puede devenir algo?»; 4) la solución reside en que la omisión jurídico-penal no es sencillamente «negación de un hecho», sino un «no hacer algo». Por lo tanto, la omisión es causal de un resultado determinado, si ese «algo» hubiera impedido el resultado».

Como quiera que la propia naturaleza del comportamiento omisivo no permite una causalidad natural, siguiendo el razonamiento anterior hay que recurrir a la denominada causalidad hipotética que conecta la acción omitida y la evitación del resultado típico; pero, ¿con qué grado de certeza? La respuesta fijará el nivel de protección del bien jurídico; así, se puede optar por exigir una certeza prácticamente absoluta de que si se hubiera realizado la acción omitida

---

<sup>17</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión: concepto y sistema*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2003, 2.ª Ed., p. 10.

<sup>18</sup> Citado por BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos improprios de omisión*, Madrid: Dykinson, 2005, p. 93.

se habría evitado el resultado (lo que implica un menor nivel de protección), o bien considerar suficiente que la acción posiblemente hubiera evitado aquel (mayor nivel de protección)<sup>19</sup>. En este aspecto, BACIGALUPO ZAPATER<sup>20</sup> considera «... la existencia de una infracción del deber de actuar ya cuando el omitente hubiera reducido con su acción claramente el peligro que corría el bien jurídico».

Por su parte, el Tribunal Supremo<sup>21</sup> se ha pronunciado al respecto según lo siguiente: «... la indicada relación de causalidad hipotética será distinta en uno y otro caso. Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la certeza, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable».

Desde otra perspectiva, recurriendo a la teoría de la imputación objetiva, otros autores como LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ<sup>22</sup>, estiman preciso que la conducta omisiva del autor haya incrementado el riesgo de que se produzca el resultado contemplado en el tipo. De tal forma que si la conducta debida no hubiese supuesto *ex ante* una disminución de tal riesgo no cabría imputar el resultado a quien omite. Y que dicho riesgo, que se incrementó como consecuencia de la conducta omisiva, haya dado lugar al resultado concreto contemplado en la norma. De tal forma que debe excluirse la imputación objetiva si se constata *ex post* que la correcta actuación del autor no hubiese evitado dicho resultado.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe preguntarnos si es posible afirmar que la omisión, en determinados casos, también podría ser causa auténtica de un resultado. La respuesta debe ser afirmativa si siguiendo a LACRUZ LÓPEZ interpretamos la causalidad como «... la relación real, auténtica, no meramente hipotética, que describe la sucesión de los distintos fenómenos y cuya virtualidad no se circuns-

<sup>19</sup> *Idem*, pp. 98 y 99.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 99.

<sup>21</sup> STS (2.ª) de 9 octubre de 2000 (CENDOJ, N.º ROJ: 7196/2000, ponente: José JIMÉNEZ VILLAREJO), Fundamento de Derecho 2.º

<sup>22</sup> LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid: Tecnos, 2004, 7.ª Ed., p. 279.

cribe a transformaciones del mundo físico, externo, sino que también preside cambios de carácter psicosociocultural»<sup>23</sup>.

En estos casos estaríamos ante la «causalidad en un marco sociocultural», que relaciona la conducta omisiva con «... la producción de efectos precisamente derivados de la asimilación de determinados patrones de conducta, que son reflejo más o menos perfecto de las estructuras socioculturales en las que se desenvuelve el individuo»<sup>24</sup>. Este concepto de causalidad permite que la sociedad, de acuerdo con sus valores y normas, reconozca a determinadas omisiones la producción directa de efectos reales.

Así pues, cabe afirmar que la causalidad que relaciona comportamiento omisivo y resultado puede ser de dos clases: «hipotética» o «sociocultural». De manera que la primera es ficticia (ya que solo es aparente, por carecer del soporte físico que conlleva la acción) y lógica (porque ha de atenerse a las reglas de dicha ciencia); en tanto que la segunda es real (pues tiene existencia verdadera y efectiva) y guarda relación con el modo de pensar o de sentir, que, a su vez, viene determinado por el entorno sociocultural. Así pues, esta última hemos de situarla dentro de un concreto sistema de referencia de carácter valorativo constituido por valores interiorizados por el individuo y la comunidad que dotan de sentido a la conducta humana<sup>25</sup>. «Cuando hablamos de la producción de efectos en una esfera valorativa cualquiera, lo fundamental es que el ser humano lleve a cabo una manifestación, sea activa o sea omisiva, con la que exprese su posición con respecto a su entorno próximo y que tal manifestación sea percibida de uno u otro modo por elementos sensibles del sistema receptor. De esta manera, se hace posible conectar la conducta omisiva con un cambio producido en dicho sistema»<sup>26</sup>.

Un ejemplo de esta última clase de causalidad lo podemos encontrar en el delito de acoso laboral, ya que la relación entre la omisión (consistente, en este caso, en ignorar a quien ocupa una posición de inferioridad en la relación laboral o funcional) y el daño a la integridad moral que conlleva dicha conducta humillante reúne características que permiten aplicar a la causalidad el calificativo de «sociocultural». A estos efectos, conviene recordar que, en este

<sup>23</sup> LACRUZ LÓPEZ, J. M., ob. cit., p. 384.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 377.

<sup>25</sup> LACRUZ LÓPEZ, J. M., «La causalidad en la teoría de la conducta y en la teoría de la tipicidad». En *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Dykinson, 2011, 145-166, p. 150.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 151.

contexto, el verbo «humillar» significa: «herir el amor propio o la dignidad de alguien»<sup>27</sup>.

### 2.1.2 Los elementos subjetivos de la conducta típica omisiva: El dolo en la omisión

En relación con la parte subjetiva de la conducta se ha producido una importante discusión sobre la configuración del dolo en la omisión:

Para Armin KAUFMANN, no existe la «voluntad de omisión» o el «dolo de omisión» en el sentido de voluntad de realización. En consecuencia, se refiere a la omisión «consciente», que se produce «... al no llevar a cabo una acción determinada aquel capaz de acción que es consciente de su poder fáctico», mientras que la omisión «inconsciente» es la «... omisión *sin* la consciencia del poder fáctico potencial sobre la acción (omitida)»<sup>28</sup>. En ambas existe, como base cognoscitiva del poder fáctico, el conocimiento del objeto de la intervención (la situación típica), lo que las diferencia es que en la omisión «inconsciente» la persona inactiva no piensa, aun cuando podría, que le es posible intervenir en la situación conocida<sup>29</sup>.

Por su parte, CEREZO MIR<sup>30</sup>, si bien a lo largo de su obra sostiene diferentes planteamientos en algún caso cercanos a los de KAUFMANN, llega a reconocer en los delitos de omisión la existencia, junto al elemento intelectual, de un elemento volitivo; de tal forma que el dolo en la omisión es «... conciencia y voluntad de la no realización de una acción que el sujeto podía y debía realizar»; asimismo, en los delitos de comisión por omisión «... el dolo es conciencia de la posibilidad de evitar el resultado y voluntad de no evitarlo».

El Tribunal Supremo<sup>31</sup> manifiesta que:

«... en el delito de omisión la característica básica del “dolo” es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente... el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa...»

<sup>27</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, ob. cit., acepción 3.

<sup>28</sup> KAUFMANN, A., ob. cit., p. 97.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 128.

<sup>30</sup> CEREZO MIR, J., ob. cit., p. 163.

<sup>31</sup> STS (2.ª) de 30 de junio de 1988 (CENDOJ, N.º ROJ: 5059/1988, ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER), Fundamento de Derecho 2.º

En el caso de los delitos de “comisión por omisión”, o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado.

Por el contrario, no forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante.

En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida, o cuando el obligado a realizar la acción para impedir el resultado (en los delitos impropios de omisión) no alcanza esta meta por la forma descuidada en que ejecuta dicha acción.»

En definitiva, la parte subjetiva de las infracciones omisivas dolosas requiere que el omitente conozca la situación típica (generadora de su deber de actuar o de evitar el resultado, según el caso), su propia capacidad de actuar para cumplir tal deber, así como la vía de actuación procedente para ello, todo lo cual constituye el elemento intelectual del comportamiento omisivo; pero, además, es preciso la presencia del elemento volitivo: que el autor, a pesar de haber adquirido dichos conocimientos, decida libremente incumplir su deber.

### 2.1.3 Los delitos omisivos imprudentes: La inobservancia del cuidado objetivamente debido

En los delitos omisivos imprudentes, que como sabemos solo se castigan cuando expresamente lo disponga la Ley (art. 12 CP), no existe el dolo, siendo el elemento fundamental del tipo la inobservancia por parte del autor del cuidado objetivamente debido tanto en la adquisición de los conocimientos necesarios de la situación típica, de su capacidad de actuar o de evitar el resultado, así como de la vía de actuación eficaz, cuanto en la ejecución de la acción prescrita por el legislador y, en su caso, en la evitación del resultado típico.

## 2.2 *El sujeto activo y la posición de garante*

Sujeto activo en los delitos de omisión es quien, teniendo capacidad de hacerlo, no lleva a cabo la conducta positiva impuesta por el legislador, infringiendo de esta manera, dolosa o imprudentemente,

un deber general o especial de actuar o de evitar el resultado, según los casos.

El autor del delito tiene el dominio del hecho típico; ahora bien, como hemos considerado que la causalidad que relaciona omisión y resultado puede darse en el ámbito sociocultural (real) o ser meramente «hipotética» (ficticia y lógica), según los casos, el citado dominio habrá de ser necesariamente diferente, pues en el primer supuesto, al igual que en los delitos de acción, la conducta del autor es causa directa del resultado, mientras que en el segundo supone, como manifiesta MELENDO PARDOS<sup>32</sup>, «... dominio sobre la causa fundamental del resultado, para expresar esta idea de que el sujeto podía intervenir sobre los cursos causales evitando con ello la producción del resultado...». En consecuencia, en los delitos de omisión y resultado el dominio del hecho se ejerce directamente sobre la causa de este o bien sobre el curso causal que, salvo interrupción, conduce al mismo, según sea la causalidad sociocultural o «hipotética», respectivamente.

En la mayoría de los comportamientos omisivos penalmente relevantes la posición de garante es un elemento básico, constituyéndose en fundamento material de un deber específico de actuación de quien omite, que implica un incremento del injusto de la conducta y que, además, permite delimitar quiénes pueden ser sujetos activos de los delitos especiales que se configuran gracias a ella. En determinadas circunstancias, este elemento permitirá la imputación del resultado no causado al omitente.

Llegados a este punto, cabe preguntarse: ¿qué circunstancias determinan la especial relación del garante con el bien jurídico? o, lo que es lo mismo, ¿cuáles son las circunstancias que definen la posición de garante?; lo que conduce a la búsqueda de un concepto del que derivar tal posición que esté presente en todos los supuestos posibles.

Para ello, es preciso, en primer lugar, fijar el marco en el que nos desenvolvemos, que no es otro que el del Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico, entre otros, la libertad, la justicia y la igualdad, tal y como se establece en el art. 1.1 CE. De los cuales, hay que reconocer un especial protagonismo a la libertad; pues, como señala TORRES

---

<sup>32</sup> MELENDO PARDOS, M., «Teoría de la codelinuencia, I: Autoría». En *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Dykinson, 2011, 347-375, p. 360.

DEL MORAL<sup>33</sup>: «Es la libertad... la que nutre de sentido a la dignidad, a la justicia y a la igualdad». Este es el concepto que estábamos buscando: la «libertad», que es la «facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos»<sup>34</sup>, pues en su definición se relacionan comportamiento y responsabilidad. Dicha libertad se manifiesta en la autonomía de las personas para organizar y desarrollar su vida en sociedad; por lo que es dicha autonomía, en su doble vertiente de ejercicio propio o de preservación de la de los demás, la que nos sirve de sustento para las posiciones de garante<sup>35</sup>.

Así pues, se puede señalar que las fuentes inmediatas de posiciones de garante que, a su vez, se derivan del ejercicio de la autonomía personal son:

- El mantenimiento de fuentes de peligro en el ámbito propio.
- La injerencia, con el significado que le asigna el art. 11 CP: creación de una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.
- La asunción voluntaria de competencias de protección o de control de fuentes de peligro. En estos casos aparece el contrato entendido en sentido amplio (acuerdo de voluntades) como fuente formal del deber jurídico.

Por otra parte, el Estado asume directamente una posición de garante respecto de determinados bienes jurídicos, delegando los deberes que esta conlleva en los funcionarios correspondientes (en los que cabe presuponer su asunción voluntaria como consecuencia de su condición) al tiempo que atribuye normativamente tal posición a determinadas personas en virtud de la especial relación que guardan con los bienes jurídicos protegidos. En estos supuestos la fuente formal del deber jurídico es la ley, también entendida en sentido amplio.

La posición de garante impone siempre a quien la ocupa un especial deber jurídico de actuar en orden a la protección de un bien jurídico determinado, pero en ciertos casos (los de omisión y resultado) ese deber es más intenso, al exigir no solo la realización de una

---

<sup>33</sup> TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español 1*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1992, 3.ª Ed. Renovada, p. 50.

<sup>34</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, ob. cit., acepción 1.

<sup>35</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 83 y 133.

determinada conducta, sino que con ella, además, se evite la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Armin KAUFMANN<sup>36</sup> concreta el contenido de dicho deber al afirmar que «el deber de evitar el resultado... también tiene como contenido conservar la capacidad de acción hasta el momento de la intervención; esto es una parte de la conducta final mandada». Asimismo, como manifiesta STRUENSEE<sup>37</sup>, la conservación de esa capacidad de acción, que hemos calificado de potencial, puede llevarse a cabo no solo mediante conductas activas (por ejemplo, salir al aire libre para no dormirse), sino también omitiendo acciones (por ejemplo, embriagarse).

Cabe contemplar la delegación de los deberes de protección o de control de fuentes de peligro, en relación con lo cual hay que tener en cuenta que aunque la citada delegación parte de la premisa de una especial relación de confianza (como ocurre en las comunidades de vida o de peligro) entre las personas que se transfieren dichas competencias, de forma expresa o implícita, lo que realmente sustenta la posición de garante es la asunción voluntaria de tales cometidos por parte de este.

Para que la delegación sea efectiva ha de recaer sobre quien pueda cumplir los deberes derivados de la misma y disponga de las competencias y los medios para ello. En consecuencia, la elección de la persona en quien delegar, así como la atribución a esta de las competencias y los medios precisos para su cumplimiento, son de la exclusiva responsabilidad de la persona que delega.

Por otra parte, la responsabilidad por infracción del deber de quien podemos denominar garante inmediato se circunscribe a los términos de la delegación.

Y es que quien delega se transforma en garante mediato con deberes diferentes de los originarios: así, en opinión de BACIGALUPO ZAPATER<sup>38</sup>, «... la delegación no extingue totalmente la posición de garante, sino que, en verdad, la transforma»; por su parte, LASCURAÍN SÁNCHEZ<sup>39</sup> sostiene que: «La delegación genera un deber de garantía en el delegado y, cuando lo es de un deber de garantía, transforma, que no elimina, el deber originario del delegante, que pasa ahora a ser de supervisión y, en su caso, de intervención, bien correctora de la actuación del delegado, bien promotora de la misma».

---

<sup>36</sup> Citado por STRUENSEE, E., *Actuar y omitir: delitos de comisión y de omisión*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 32.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 33.

<sup>38</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., *ob. cit.*, p. 246.

<sup>39</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *ob. cit.*, p. 152.

### 2.3 Participación en el delito omisivo

Tal y como establecen los arts. 27 a 29 CP, las personas criminalmente responsables de los delitos son: los autores, quienes tienen tal consideración (inductores y cooperadores necesarios) y los cómplices. Aquí podemos encontrar otro elemento distintivo de los delitos de omisión: que en ellos no cabe considerar la figura del inductor, ya que «inducir» constituye una acción; sin embargo, sí es posible ser coautor, cooperador necesario o cómplice en la ejecución de los mismos, pues la conducta omisiva es compatible con estas tres figuras.

### 2.4 Formas imperfectas de ejecución

En el Código Penal se castiga el delito consumado y la tentativa de delito (art. 15 CP). La consumación del delito se produce cuando se ha realizado de forma completa la conducta descrita en el tipo penal (exija o no este la producción de un resultado). El art. 16.1 CP establece que:

*«Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.»*

Esta descripción de la tentativa parece dirigida a delitos de resultado (pues lo cita expresamente) realizados a través de conductas activas (ya que utiliza el plural de la palabra «acto», cuyo significado es «acción»<sup>40</sup>), por lo que hemos de preguntarnos si es posible considerar la tentativa de los delitos de omisión. La respuesta debe ser afirmativa.

En los delitos de omisión pura, es posible apreciar tentativa por un error de tipo inverso (casos en que el sujeto cree que concurren todos los elementos objetivos del tipo, pero en realidad falta alguno de ellos), tal y como señala GIL GIL<sup>41</sup>.

En los delitos de omisión y resultado, siguiendo al Tribunal Supremo podemos afirmar lo siguiente:

<sup>40</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, ob. cit., acepción 1.

<sup>41</sup> GIL GIL, A., «Iter criminis». En *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Dykinson, 2011, 315-345, pp. 334 y 336.

- «... la tentativa en los delitos impropios de omisión... es de apreciar cuando el garante no ha intentado impedir la comisión del delito o la continuación de su ejecución, es decir, no ha practicado todos o parte de los actos que objetivamente hubieran impedido el resultado, y, no obstante, el resultado, que no se intentó impedir, no ha tenido lugar por causas ajenas a su voluntad»<sup>42</sup>. Así pues, la tentativa precisa dos requisitos: la voluntad del autor (que en el caso de los delitos de omisión y resultado ha de ser garante del bien jurídico protegido) de cometer el delito (dolo) y que haya iniciado la realización del mismo.
- «No resulta fácil encontrar los fundamentos de las formas imperfectas en los delitos de comisión por omisión. La fórmula de dar principio inmediatamente a la realización del tipo no sirve, en estas figuras delictivas, como criterio decisor. Unos toman en consideración un primer momento, en que aparece el peligro para el bien jurídico tutelado o se incrementa un peligro ya existente, a partir del cual ya hubiera resultado posible cumplir el mandato de acción; otros, por el contrario, sostienen que debe esperarse hasta el último momento en el que aún era posible evitar el resultado. Para esta segunda posición, las formas imperfectas, son difícilmente defendibles. Esta Sala se inclina por la primera posición, pues, hay que tener en cuenta que cuando todavía es posible cumplir con la acción exigida cabe un desistimiento voluntario, como igualmente es posible la intervención de un tercero que auxilie a la víctima evitando la lesión del bien jurídico. Procede admitir, pues, la posibilidad de una tentativa idónea e inidónea en los delitos de comisión por omisión. Hay un lapso de tiempo entre el inicio de la tentativa y la consumación, que empieza cuando la no realización de la acción debida permite la subsistencia del peligro para el bien jurídico tutelado. No se produce la consumación hasta que la acción debida resulte ya imposible para evitar el resultado, es decir, cuando la lesión del bien jurídico se presenta ya como inevitable»<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> STS (2.ª) de 30 de marzo de 2009 (CENDOJ, N.º ROJ: 2087/2009, ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER), Fundamento de Derecho Único 7.d.

<sup>43</sup> STS (2.ª) de 28 de enero de 1994 (CENDOJ, N.º ROJ: 327/1994, ponente: Carlos GRANADOS PÉREZ), Fundamento de Derecho 7.º

### 3. Categorías de delitos de omisión

Los delitos de omisión están constituidos por conductas que conllevan, según los casos, el incumplimiento de un deber de llevar a cabo una acción concreta o de evitar un resultado perjudicial para el bien jurídico protegido. Esta caracterización es el fundamento de la mayor parte de las clasificaciones propuestas desde la doctrina. Veamos algunas de ellas.

DE LA CUESTA AGUADO<sup>44</sup> establece una clasificación de los delitos de omisión según su forma de tipificación, según la cual, los delitos de omisión podrán ser «propios», si están tipificados expresamente, e «impropios», cuando no están previstos legalmente sino que responden a una interpretación realizada a partir de un delito de acción.

GIMBERNAT ORDEIG<sup>45</sup> distingue entre los «delitos impropios de omisión o de comisión por omisión» y «delitos de omisión propia», sobre la base de si a la inactividad se le imputa o no el resultado, respectivamente. Así pues, en los primeros «... el que se abstiene puede ser hecho responsable del resultado igual que si lo hubiera causado mediante una conducta activa, o de una participación delictiva igual que si hubiera contribuido positivamente al hecho principal».

GRACIA MARTÍN<sup>46</sup> diferencia entre los «delitos de omisión pura», caracterizados porque la tipicidad se agota en la no realización de la acción exigida por el mandato en la situación típica, y los «delitos de omisión y resultado», en los que el tipo de lo injusto requiere, además de la conducta omisiva, la producción de un resultado determinado. A su vez, dentro de estos últimos, distingue entre «delitos de omisión y resultado sin alternativa de comisión activa», que requieren la producción de un resultado y únicamente pueden ser realizados mediante omisiones, y los «delitos de resultado de comisión por acción o por omisión» (comisión por omisión en sentido estricto), que se diferencian de los anteriores en que

---

<sup>44</sup> CUESTA AGUADO, P. M. DE LA, *Tipicidad e imputación objetiva (según el nuevo Código Penal de 1995)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 188.

<sup>45</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición». En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Ministerio de Justicia y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1997, 5-112, p. 10.

<sup>46</sup> GRACIA MARTÍN, L., «Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)». En *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, 411-482, pp. 418 a 426.

en estos la omisión tiene correspondencia con una modalidad de comisión activa; así pues, el ámbito de la comisión por omisión son las omisiones típicas a las que se imputa un resultado porque la relación entre aquellas y este tiene idéntico fundamento e igual desvalor que los que corresponderían a la producción de ese mismo resultado mediante una acción. Por último, dentro de estos últimos delitos, diferencia entre «comisión por omisión explícita», cuando el precepto legal describe expresamente una omisión determinada junto a la acción típica a la cual se le imputa el mismo resultado, y «comisión por omisión implícita», cuando el tipo puede ser realizado por una determinada omisión, aunque esta no se describa expresamente en la redacción del mismo.

MAQUEDA ABREU<sup>47</sup>, por su parte, denomina «delitos de omisiones puras de garante», a aquellos en que no se imputa al omitente cualificado el posible menoscabo del bien jurídico y en los que el legislador se limita, en su caso, a la previsión de una pena agravada que se funda en la especial posición de deber que ostenta el sujeto. Esta categoría matiza los delitos de omisión pura con la especial posición de deber que tiene el sujeto activo.

SILVA SÁNCHEZ<sup>48</sup> considera tres tipos de delitos de omisión: por un lado, los «delitos de omisión idénticos a la comisión activa», que se basan en la idea de responsabilidad por dominio del riesgo y para los que estima que habría que reservar en exclusiva la terminología de delitos de comisión por omisión; por otro lado, los «delitos simples –propios– de omisión», en los que se castiga la infracción de deberes de solidaridad mínima; y, por último, los «delitos de omisión agravados no idénticos a la comisión activa», que se basan en la responsabilidad por la infracción de deberes de solidaridad cualificada (derivados de instituciones concretas).

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN<sup>49</sup>, en aquellos casos en que la omisión se conecta con un determinado resultado prohibido, distinguen entre «delitos de omisión y resultado» y «delitos de comisión por omisión» sobre la base de que, a diferencia de los primeros, en estos últimos el tipo penal no menciona expresamente la forma de comisión omisiva, constituyendo un problema de interpretación dilucidar

---

<sup>47</sup> MAQUEDA ABREU, M. L., «Delitos de omisión I». En *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, 821-839, pp. 825 y 826.

<sup>48</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., ob. cit., pp. 477 y 478.

<sup>49</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, 6.ª Edición, p. 240.

cuándo la forma omisiva puede ser equiparada a la activa que sí se menciona expresamente en la ley.

Más allá de las categorías señaladas por lo anteriores autores y siguiendo en este punto a LACRUZ LÓPEZ<sup>50</sup>, para establecer una clasificación de los delitos de omisión, hemos de utilizar unos criterios que nos permitan definir sus distintas clases y que, a su vez, eviten una complejidad innecesaria. De acuerdo con lo anterior, podemos seleccionar los criterios siguientes:

- El teórico-normativo, que utilizaremos para llevar a cabo una primera clasificación de los delitos de omisión, según que el tipo penal requiera o no la producción de un resultado lesivo o de peligro para un bien jurídico.
- El del círculo de sujetos, que emplearemos para diferenciar, en un segundo nivel, entre las omisiones puras, según que el autor esté sometido a un deber general o a un deber específico, por ocupar en este último caso una posición de garante.
- El causal, para distinguir, en un segundo nivel, dentro de los delitos de omisión y resultado, entre aquellos en que la causalidad es «hipotética» (ficticia y lógica) o bien en el marco socio-cultural (real y subjetiva).
- El formal, de naturaleza jurídico-positiva, que nos servirá para distinguir, en un tercer nivel, las omisiones a las que se atribuye un resultado lesivo o de peligro para un bien jurídico, según que la conducta omisiva se refleje explícitamente o no en el tipo penal.

En aplicación del primero de ellos se puede establecer una primera distinción entre delitos de omisión pura y delitos de omisión y resultado. En ambos casos su razón de ser es la protección penal de determinados bienes jurídicos, para lo cual el legislador impone al autor el deber de actuar. Ahora bien, la diferencia estriba en que mientras que en los primeros el tipo del delito consumado no requiere la producción de resultado lesivo o de peligro derivado de la omisión, en los segundos el tipo penal exige la producción de un resultado perjudicial para el bien jurídico.

La utilización del segundo criterio clasificatorio solo cabe en los delitos de omisión pura, cuya consumación se produce por la no realización de la conducta prescrita por el legislador (deber

---

<sup>50</sup> LACRUZ LÓPEZ, J. M., ob. cit., 2011, pp. 286 y sigs.

jurídico). Ahora bien, ese deber puede ser «general» (basado en el principio de solidaridad) y, por ello, venir impuesto por la norma penal a cualquier persona o, por el contrario, puede ser específico (basado en circunstancias que determinan una obligación especial de actuar por parte del sujeto en orden a la protección del bien jurídico), pudiéndose imponer jurídicamente solo a determinadas personas que ocupan una posición de responsabilidad cualificada, y cuya infracción supone la realización de un delito de omisión pura «de garante». Este criterio no es de aplicación a la gran mayoría de los delitos de omisión y resultado, pues estos solo pueden ser cometidos por personas que ocupan una posición de garante. Por tanto, se puede afirmar que las omisiones puras generales constituyen delitos comunes, mientras que las omisiones puras de garante así como las de omisión y resultado conforman delitos especiales.

Con el tercer criterio diferenciamos los delitos de omisión y resultado según que la conducta sea causa del mismo (causalidad en el marco sociocultural), en cuyo caso estamos ante omisiones causales, o bien que el resultado solo pueda atribuirse normativamente a aquella (causalidad «hipotética»), lo que ocurre en los supuestos de omisiones no causales.

El cuarto criterio es de aplicación exclusiva a los delitos de omisión no causal; según este criterio, podemos establecer la clasificación siguiente: delitos de omisión no causal expresa, cuando el tipo penal contempla de manera explícita la omisión a la cual se atribuye la producción del resultado; y delitos de omisión no causal equiparable, cuando la omisión no está tipificada expresamente y, por ello, hay que aplicar el art. 11 CP. El calificativo de la omisión viene justificado por la intención de respetar al máximo el significado del verbo empleado por el legislador en la redacción de dicho artículo, en el que se concretan las circunstancias en que se «equiparará» la omisión a la acción en la producción de un resultado.

Si contemplamos de manera conjunta lo expuesto al aplicar los criterios primero y segundo podemos apreciar una gravedad progresiva del injusto personal, que tiene su menor grado en las omisiones puras generales, pues implican la infracción de un deber de actuar común, se incrementa hasta un grado medio en las omisiones puras de garante, ya que suponen la infracción de un deber de actuar específico y, por último, alcanza su mayor grado en los delitos de omisión y resultado, en los que, además de implicar la vulneración de un deber específico de actuar (desvalor de la conducta), se incluye la producción de un resultado lesivo o de peligro para el bien jurídico (desvalor de resultado) –véase tabla 2–.

**Tabla 2. Caracterización de los delitos de omisión**

CARACTERÍSTICAS DE LOS DELITOS DE OMISIÓN				
PURA GENERAL	PURA DE GARANTE	CAUSAL	NO CAUSAL EXPRESA	NO CAUSAL EQUIPARABLE
De mera inactividad	De mera inactividad	De resultado	De resultado	De resultado
		Causalidad sociocultural	Causalidad hipotética	Causalidad hipotética
Gravedad menor	Gravedad media	Gravedad mayor	Gravedad mayor	Gravedad mayor
Delitos comunes	Delitos especiales	Delitos comunes o especiales	Delitos especiales	Delitos especiales
Tipificación directa	Tipificación directa	Tipificación directa	Tipificación directa	Tipificación indirecta (art. 11 CP)

En cuanto a la técnica de tipificación de los delitos de omisión, los de omisión pura están necesariamente incluidos en la Parte especial del Código Penal; en cambio, para los de omisión y resultado el legislador ha optado por un sistema de tipificación mixto, pues se regulan de dos maneras diferentes: en la Parte especial, mediante la inclusión explícita de la conducta omisiva en los correspondientes tipos objetivos (los delitos de omisión no causal expresa y los de omisión causal) y en la Parte general, mediante una cláusula de equiparación de la omisión a la acción en la producción de un resultado –art. 11 CP– (los delitos de omisión no causal equiparable).

En aquellos delitos de omisión y resultado en los que dicha modalidad de conducta no figura expresamente en el tipo penal hemos de recurrir por tanto al art. 11 CP, que establece lo siguiente:

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

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.»*

Como se puede observar, el precepto tiene una estructura dividida en dos partes: una primera, en que establece los criterios para apreciar cuándo los delitos consistentes en la producción de un

resultado pueden ser cometidos por omisión (orientada en la teoría funcional de la posición de garante), y una segunda, en que se concreta cuándo se equipara la omisión a la acción (que se inspira, en su mayor parte, en la teoría de las fuentes formales del deber).

En lo que respecta a la primera parte, se puede señalar que tiene una naturaleza declarativa y no constitutiva; pues, como señala el Tribunal Supremo<sup>51</sup>, «... aunque en la ley anterior no se regulaba la comisión por omisión o, lo que es igual, la tipicidad omisiva que equivale a la comisión activa del delito... la jurisprudencia venía admitiendo pacíficamente esta forma de tipicidad...».

La cláusula establece dos criterios concurrentes para la equiparación entre la no evitación y la causación del resultado: la infracción por el autor de un especial deber jurídico y que tal equiparación sea conforme al sentido del texto de la ley. Respecto de tales criterios cabe señalar lo siguiente:

- Hay que partir de la premisa de reconocer la capacidad del autor para realizar la acción omitida impuesta como deber; pues, en caso contrario no se le podría imputar el delito. A este respecto, el expresado Tribunal<sup>52</sup> afirma que «... la existencia de una omisión depende de que el autor haya tenido, en el momento en el que debía cumplir un mandato, capacidad de acción, es decir capacidad para realizar el comportamiento ordenado por la ley. Esta capacidad solo falta cuando el omitente carecía completamente de conciencia de las circunstancias que generan su deber de actuar o cuando le es totalmente imposible realizar el movimiento corporal requerido».
- Sitúa expresamente al autor en una posición de garante respecto del bien jurídico, lo cual implica que el deber jurídico infringido está dirigido a la evitación del resultado (que puede consistir tanto en una lesión como en un peligro para el bien jurídico protegido) y que la identificación de dicho deber de actuar permite concretar el ámbito de personas que pueden ser autoras de la infracción penal, las cuales deben reunir las condiciones exigidas en los correspondientes tipos activos.
- Como en la omisión no es posible apreciar una causalidad «natural» (real y objetiva), para relacionar la acción omitida

<sup>51</sup> STS (2.<sup>a</sup>) de 09 de octubre de 2000 (CENDOJ, N.º ROJ: 7196/2000, ponente: José JIMÉNEZ VILLAREJO), Fundamento de Derecho 2.º

<sup>52</sup> STS (2.<sup>a</sup>) de 04 de octubre de 1993 (CENDOJ, N.º ROJ: 6565/1993, ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER), Fundamento de Derecho 2.º

con la evitación del resultado es preciso recurrir a una causalidad «hipotética» (ficticia y lógica), que se puede apreciar cuando se hubiese podido evitar aquel, con una probabilidad rayana en la certeza, siempre y cuando el sujeto activo del delito hubiese llevado a cabo la conducta impuesta por el deber de actuar, aunque también es posible relacionar la omisión con el resultado a través de una causalidad sociocultural (real), como se expuso anteriormente.

- La equivalencia según el sentido del texto de la ley quiere significar que «... cuando la acción típica tiene determinadas características o modalidades, la omisión debe ser *el correlato* de esa acción»<sup>53</sup>.

En lo que se refiere a la segunda parte, la opinión que tienen al respecto los diversos autores es dispar. Para algunos constituye una relación taxativa de las fuentes del deber de actuar. Así CEREZO MIR<sup>54</sup> considera que: «Con la regulación adoptada resulta difícil poder admitir un deber jurídico con base únicamente en deberes ético-sociales que no hallen expresión o se deriven de una ley o contrato...». En opinión de HUERTA TOCILDO<sup>55</sup>: «Ley, contrato e injerencia se constituyen así en exclusivos elementos determinantes del surgimiento de un deber especial de actuar en evitación del resultado típico...». MAQUEDA ABREU<sup>56</sup> defiende que: «Se trata de una enumeración taxativa y cerrada de las fuentes de ese “deber jurídico especial”... Debe entenderse, en consecuencia que, por obligado que parezca un «determinado hacer», según exigencias de justicia, si no encuentra una referencia legal o contractual o una acción u omisión precedente que le sirva de fundamento, el deber no surge». Y DOPICO GÓMEZ-ALLER<sup>57</sup> sostiene que: «Lo que no sería admisible es la consideración de que... otros supuestos no contemplados expresamente en el segundo inciso del art. 11 también pueden incluirse en su ámbito».

Otro sector de la doctrina considera, sin embargo, que la segunda parte del precepto no limita dichas fuentes. Es el caso de CUADRADO RUIZ<sup>58</sup> que manifiesta a este respecto que «... los supuestos que enume-

<sup>53</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., ob. cit., p. 229.

<sup>54</sup> CEREZO MIR, J., ob. cit., p. 171.

<sup>55</sup> HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 35.

<sup>56</sup> MAQUEDA ABREU, M. L., ob. cit., p. 834.

<sup>57</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 699.

<sup>58</sup> CUADRADO RUIZ, M. A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario: análisis crítico del art. 363 del Código Penal*, Barcelona: Bosch, 1998, pp. 44 y 45.

ra el Código [en los apartados a y b del art. 11 CP] son referencias formales muy insuficientes para abarcar todos los casos en que puede haber identidad estructural normativa entre omisión y comisión, según el sentido del texto de la Ley... Por ello, tal enumeración debe considerarse abierta, como meramente ejemplificativa». Según sostiene MIR PUIG<sup>59</sup>, el segundo inciso ha de interpretarse «... como ejemplificador de supuestos en que puede darse la efectiva equivalencia material que requiere el inciso primero». Por su parte, LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ<sup>60</sup> sostienen que «... el hecho de que se recojan las fuentes del deber de garante no obliga a considerarlo de manera taxativa y cerrada, sino que han de entenderse como intentos de concreción del «especial deber jurídico de evitar el resultado». Por tanto, cabría admitir otras fuentes de ese deber jurídico...». También pertenecen a este grupo MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN<sup>61</sup> opinan que «... la mención que realiza el art. 11 de la ley, el contrato y el actuar precedente solo debe tomarse en un sentido puramente indicativo, pues ya hace tiempo que la doctrina ha criticado esta reducción de las fuentes de la posición de garante a criterios puramente formales, que no agotan otras posibilidades de fundamentación de la misma dentro del respeto que merecen el principio de legalidad y el contenido material de los respectivos tipos delictivos». Por último, en opinión de BACIGALUPO ZAPATER<sup>62</sup> dicho inciso «... solo dice que en todo caso habrá que estimar la existencia de un especial deber jurídico cuando el deber provenga de la ley, del contrato o del acto previo generador del peligro».

En nuestra opinión la génesis legislativa del citado precepto<sup>63</sup> hasta llegar a su redacción actual solo permite apreciar en el mismo una relación taxativa de las fuentes que fundamentan la posición de garante.

Partiendo de esa premisa, en relación con las fuentes del art. 11 CP, cabe señalar que la obligación legal o contractual de actuar ha de entenderse en sentido amplio, de tal forma que se puede derivar de cualquier norma incluida en el ordenamiento jurídico o bien del acuerdo de voluntades sin necesidad de requisitos formales que reflejen el mismo, en lo que se refiere al contrato. En cuanto al comportamiento precedente, se contempla como fuente por suponer una intromisión (por acción u omisión) creadora de riesgo en la esfera jurídica de otra persona.

<sup>59</sup> MIR PUIG, S., ob. cit., p. 312.

<sup>60</sup> LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., ob. cit., p. 280.

<sup>61</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., ob. cit., p. 245.

<sup>62</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., ob. cit., p. 218.

<sup>63</sup> Expuesta por HUERTA TOCILDO, S., ob. cit., pp. 21 a 25.

El problema estriba en que si bien dichas fuentes se ajustan a la mayoría de los supuestos en que se produce un resultado atribuido a una omisión, no se incluyen otras situaciones diversas que también debieran definir las posiciones de garante.

Una forma de poder contemplar los supuestos que no tienen cabida en el vigente catálogo de fuentes, contribuyendo de esta manera en mayor grado al fin de protección de los bienes jurídicos que pretende la norma penal, habría podido consistir en atribuir a los órganos jurisdiccionales la facultad de deducir el deber de actuar también de otras situaciones de hecho, tales como las comunidades de vida o de peligro, que impliquen una especial vinculación del autor con el bien jurídico protegido basada, a su vez, en una especial relación de confianza, fruto del ejercicio de su libre autonomía. Así, cabe recordar que el Tribunal Supremo<sup>64</sup> se ha pronunciado en el sentido siguiente:

«La ley no hace nacer derechos y obligaciones solo de las instituciones sino también, en determinados casos, de situaciones de hecho. La no infrecuente referencia legal a consecuencias jurídicas derivadas de una relación de afectividad análoga a la conyugal es buena prueba de ello e igualmente lo es... la mención de la guarda de hecho...»

A tal efecto, sería conveniente reformar el vigente art. 11 CP para lo que propongo una redacción de la cláusula general del siguiente tenor:

*«Los delitos que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando concurren los requisitos siguientes:*

*a) La infracción por el autor de un deber de actuar derivado de su especial vinculación con el bien jurídico protegido. A tal efecto, la ley, el contrato y la acción u omisión precedentes creadoras de riesgo para dicho bien serán fuentes determinantes de la posición de garante y, como tales, generadoras de dicho deber; además de aquellas otras situaciones de hecho que configuren comunidades de vida o de peligro en las que los órganos jurisdiccionales puedan deducir razonadamente la existencia de dicha vinculación libremente asumida.*

*b) Que la acción omitida hubiera podido evitar el resultado con una probabilidad rayana en la certeza, tanto en la autoría como en la cooperación necesaria, o que hubiese dificultado de forma sensible la producción del mismo, en la complicidad.*

---

<sup>64</sup> STS (2.ª) de 9 de octubre de 2000 (CENDOJ, N.º ROJ: 7196/2000, ponente: José JIMÉNEZ VILLAREJO), Fundamento de Derecho 4.º

*c) Que la omisión incluya las características que, siendo compatibles con su propia naturaleza, sean exigidas a la causación del resultado en el tipo penal correspondiente.»*

## **4. La presencia de los delitos de omisión en el Código penal español**

Es ahora momento de, teniendo en cuenta los criterios de clasificación teórico-normativo (exigencia o no de resultado), el del círculo de sujetos (deber general o deber específico del autor), el causal (según que la causalidad sea «socio-cultural» o «hipotética») y el formal (según que la conducta omisiva se refleje o no explícitamente en el tipo penal), verificar cuál es la relevancia de los mismos en nuestro Código –véase fig. 1–.

### *4.1 Delitos de omisión pura general*

Como sabemos se trata de infracciones de mera inactividad, comunes y, por ello, de gravedad menor. Se encuentran tipificadas en la Parte especial del Código penal.

En el conjunto del Código suponen una minoría constituyendo tan solo un 4% de las conductas omisivas tipificadas. Los encontramos en los siguientes preceptos:

No socorrer (art. 195.1 CP), no demandar (art. 195.2 CP), detraer –no traer– (art. 281.1 CP), no impedir (art. 450.1 CP), no acudir (art. 450.2 CP), no haber tratado de impedir (art. 514.1 CP), resistir o desobedecer (art. 556.1 CP), no procurar u omitir informar (art. 612.3.º CP), resistir o desobedecer (art. 616 quáter.1 CP).

### *4.2 Delitos de omisión pura de garante*

En la clasificación propuesta se trata de infracciones de mera inactividad, especiales y, por ello, de gravedad media. Al igual que la anteriores están tipificadas en la Parte especial del Código penal.

Este grupo tiene una importante presencia en el Código pues constituyen el 21% de las conductas omisivas. Dato que resulta especialmente relevante teniendo en cuenta que son muchas las voces que desde la doctrina han clamado por la ampliación de esta

categoría de delitos de omisión de gravedad intermedia para ocupar la brecha existente entre la omisión pura y los delitos de omisión y resultado. En el Código encontramos los siguientes:

No hacer o no acudir (art. 189.6 CP), no socorrer o no demandar (art. 195.3 CP), mantenerse (arts. 197 bis.1, 202.1 y 203.2 CP), no presentar (art. 223 CP), retener –incumplir– (art. 225 bis.2-2.º CP), dejar de cumplir o dejar de prestar (art. 226.1 CP), dejar de pagar (art. 227.1 y 2 CP), abandonar –sin poner en peligro– (arts. 229.1 y 2 y 230 CP), falsear (arts. 282 bis. párr. 1.º y 290. párr. 1.º CP), sustraer de cualquier modo (art. 289 CP), negar o impedir (arts. 293 y 294 CP), no llevar o no haber anotado (art. 310.a y c CP), no comunicar (art. 311.2.º CP), silenciar u omitir (arts. 320.1 y 329.1 CP), ocultar (art. 348.4.b CP), desobedecer (art. 348.4.c CP), elaborar –falsear– (art. 362 ter CP), negarse (art. 383 CP), faltar a la verdad (arts. 390.1-4.º y 391 CP), librar –falsear– (arts. 397 y 398 CP), abandonar (art. 407.1 y 2 CP), dejar de promover (art. 408 CP), negarse abiertamente a dar cumplimiento (art. 410.1 CP), desobedecer (art. 411 CP), no prestar o abstenerse de prestar (art. 412.1 y 3 CP), falsear (art. 433 bis.1 CP), usar de cualquier otro artificio (art. 436 CP), negarse a juzgar (art. 448 CP), faltar a la verdad (arts. 458.1 y 3 y 459 CP), alterar la verdad (art. 460 CP), dejar de comparecer sin provocar la suspensión del juicio oral (art. 463.1 CP), quebrantar (art. 468.1 CP), no llevar u omitir (art. 468.3 CP), faltar a la verdad (art. 471 bis.1 CP), no emplear (art. 476.1 CP), no denunciar (art. 476.2 CP), no haber resistido (art. 482 CP), abandonar (art. 483 CP), allanar –mantenerse– (art. 490.1 CP), dejar de comparecer (art. 502.1 CP), faltar a la verdad (art. 502.3 CP), denegar (arts. 511.1 y 2 y 512 CP), no haber resistido (art. 549 CP), abandonar (art. 549 CP), no destruir (art. 566.2 CP), no adoptar (art. 615 bis.3 y 5 CP), dejar de promover (art. 615 bis.6 CP).

### 4.3 *Delitos de omisión causal*

Los delitos de omisión causal son infracciones de resultado y, por ello, de gravedad mayor que los citados hasta el momento. Cabe identificar una causalidad real entre omisión y resultado, que hemos denominado «sociocultural». Son objeto de tipificación expresa.

En este caso también estamos ante un grupo minoritario pues constituyen únicamente el 5% de las conductas omisivas tipificadas. Podemos citar los siguientes:

Causar menoscabo psíquico (art. 153.1 CP), infligir o realizar –hostigar– (art. 173.1 CP), causar vejación (art. 173.4 CP), utilizar engaño (art. 248.1 CP), falsear (arts. 282 bis. párr. 2.º y 290. párr. 2.º CP), resolver –no adoptar la resolución– (arts. 320.2, 322.2 y 329.2 CP), dictar –no adoptar la resolución– (art. 404 CP), falsear (art. 433

bis.1 y 3 CP), cometer delito de estafa –utilizar engaño– (art. 438 CP), faltar a la verdad con la consecuencia de sentencia condenatoria (arts. 458.2 y 459 CP), faltar a la verdad con la consecuencia de un fallo condenatorio (art. 471 bis.1 CP).

#### *4.4 Delitos de omisión no causal y resultado expresamente regulados*

Son infracciones de resultado, especiales y, por ello, de gravedad mayor. Se atribuye una relación «hipotética» entre omisión y resultado, que es ficticia y lógica. Están tipificados en la Parte Especial del Código penal.

Constituyen el 19% de las conductas omisivas, dato relevante pues para un sector considerable de la doctrina este es el camino que se ha de seguir con carácter general en la tipificación de los delitos de omisión no causal y resultado. Es el caso de las conductas recogidas en los siguientes delitos:

No dar razón (art. 166 CP), permitir (art. 176 CP), denegar (art. 196 CP), mantenerse (art. 245.2 CP), ocultar (art. 251.2.º CP), dejar de facilitar (art. 258.2 CP), incumplir (arts. 259.1-6.ª y 8.ª, 259.2 y 259.3 CP), realizar cualquier otra conducta omisiva (arts. 259.1-9.ª, 259.2 y 259.3 CP), eludir, no ingresar o no realizar (art. 305.1 y 3 CP), eludir u ocultar (art. 306 CP), eludir (art. 307.1 CP), ocultar (arts. 307 ter y 308.1 CP), mantener (art. 311.3.º CP), no restablecer (art. 314 CP), no facilitar (arts. 316 y 317 CP), no controlar o vigilar (arts. 326.1 y 331 CP), omitir (arts. 363.1 y 367 CP), no restablecer (art. 385 CP), consentir (art. 414 CP), permitir acceder (art. 415 CP), cometer delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social –ocultar– (art. 438 CP), dejar de comparecer provocando la suspensión del juicio oral (art. 463.1 CP), perjudicar por omisión (art. 467.2. párrs. 1.º y 2.º CP), negarse a enviar o dilatar (art. 502.2 CP), prolongar (arts. 530, 531 y 532 CP), no devolver (art. 534.1-2.º CP), no informar (art. 537 CP), no restablecer (art. 560.2 CP), mantener (art. 607 bis.2-10.º CP), mantener (art. 611.6.º CP), demorar (art. 611.7.º CP), no adoptar (art. 615 bis.1, 2 y 4 CP).

#### *4.5 Delitos de omisión no causal y resultado equiparables a través de la cláusula general del art. 11 CP*

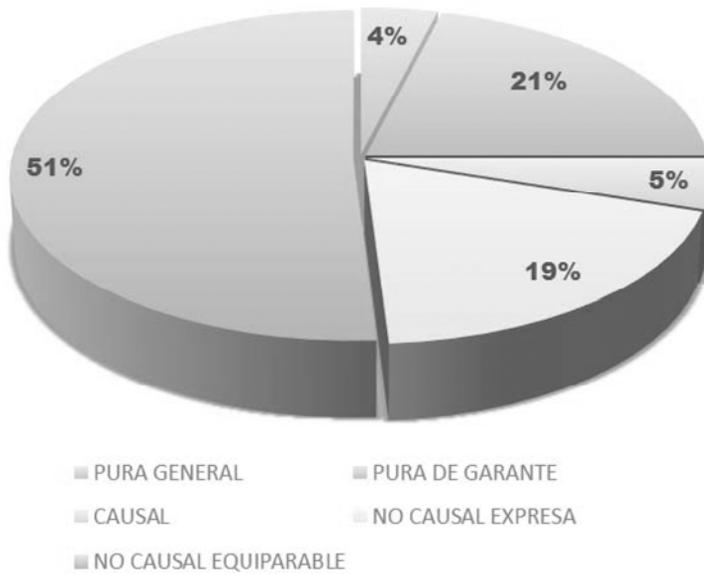
Estamos ante lo que tradicionalmente se ha conocido como comisión por omisión. Son infracciones de resultado, especiales y, por

ello, de gravedad mayor. Se atribuye una relación «hipotética» entre omisión y resultado, que es ficticia y lógica. Son objeto de tipificación indirecta (art. 11 CP).

Estos delitos, conocidos como de comisión por omisión constituyen el grupo más numeroso, llegando al 51% de las conductas omisivas tipificadas:

Matar (arts. 138.1 y 139.1 CP), causar (arts. 142.1 y 142.2 CP), cooperar (art. 143.2 CP), producir (arts. 144. párr. 1.º y 145.2 CP –excepto el consentimiento–), ocasionar (art. 146 CP), causar (arts. 147.1 y 2, 149.1, 150, 152.1, 152.2, 153.1 CP), facilitar (art. 156 bis.1 CP), causar (arts. 157 y 158 CP), encerrar o detener (art. 163.1 CP), ocultar (art. 167.2.a CP), impedir o compeler (art. 172.1 CP), coaccionar (art. 172.2 y 3 CP), someter (art. 174 CP), facilitar (arts. 188.1 y 189.1.b CP), abandonar (art. 196 CP), abandonar –poniendo en peligro– (arts. 229.3 y 230 CP), excederse (arts. 252 y 432.1 CP), apropiarse –no entregar o no devolver– (arts. 253, 254 y 432.2 CP), causar (art. 263.1 CP), destruir dañar o inutilizar (arts. 265 y 289 CP), causar (art. 267 CP), ayudar u ocultar (art. 298.1 CP), ayudar, ocultar o encubrir (art. 301.1 y 3 CP), ocultar o encubrir (art. 301.2 y 3 CP), ayudar (art. 318 bis.1 y 2 CP), derribar o alterar (art. 321 CP), causar (arts. 323.1 y 324 CP), provocar o realizar (arts. 325.1 y 331 CP), dañar (arts. 330 y 331 CP), introducir o liberar (art. 333 CP), causar (art. 337.1 y 3 CP), abandonar (art. 337 bis CP), liberar (arts. 341 y 344 CP), perturbar o alterar (arts. 342 y 344 CP), verter, emitir, introducir o exponer (arts. 343.1 y 344 CP), contravenir (arts. 348.1 y 349 CP), facilitar (art. 348.2 CP), infringir (art. 350 CP), provocar (arts. 351 y 358 CP), incendiar (arts. 352, 356 y 358 CP), prender (arts. 354.1 y 358 CP), incendiar –con peligro o perjuicio– (art. 357 CP), alterar (arts. 362.2 y 367 CP), ocultar (arts. 363.5 y 367 CP), facilitar (art. 368 CP), dar lugar (art. 391 CP), tomar parte en el abandono (art. 409 CP), ocultar (art. 413 CP), provocar (art. 449 CP), auxiliar (art. 451.1.º CP), ocultar (art. 451.2.º CP), ayudar (art. 451.3.º CP), ocultar (art. 465 CP), proporcionar (art. 471 CP), matar (art. 485.1 y 2 CP), causar (art. 486 CP), impedir u obstaculizar (art. 537 CP), impedir (art. 542 CP), causar (art. 560.1 y 2 CP), dañar (art. 560.3 CP), dar lugar (arts. 576.4 y 601 CP), facilitar (arts. 577.1, 582.1.º y 587 CP), matar (art. 605.1 CP), causar (art. 605.2 CP), matar (art. 607.1-1.º CP), producir (art. 607.1-2.º CP), someter o producir (art. 607.1-3.º CP), producir (art. 607.1-5.º CP), causar (art. 607 bis.2-1.º CP), producir (art. 607 bis.2-3.º CP), someter (art. 607 bis.2-3.º CP), cometer tortura (art. 607 bis.2-8.º CP), facilitar (art. 607 bis.2-9.º CP), poner en grave peligro, hacer objeto de tortura o tratos inhumanos o causar (art. 609 CP), impedir (art. 611.7.º CP).

**Figura 1. Las distintas categorías de delitos de omisión**



#### 4.6 *Otros datos sobre la presencia de la omisión en el Código penal vigente*

De los anteriores datos aún es posible extraer otras conclusiones sobre la trascendencia que tiene la omisión en el vigente Código penal:

- Se castiga con mayor incidencia las acciones (83%) que las omisiones (17%), lo cual es lógico, pues en estas el legislador penaliza no solo la mera inactividad, sino cualquier otra actuación diferente de la impuesta como deber legal, lo que implica mayor restricción de libertad para el destinatario de la norma penal que cuando solamente sanciona una acción concreta y permite todas las demás.
- Se incluye un número mayor de delitos de omisión y resultado (75%) que de omisión pura (25%), porque aquellos conllevan una mayor gravedad de la conducta (dado que, además de vulnerar un deber de actuar, incluyen la producción de un resultado lesivo o de peligro). Asimismo, parece razonable que el número de las infracciones de omisión y resultado incorporadas al Código penal sea mayor que el

de las de omisión pura, pues la inclusión de estas últimas supone adelantar la protección de los bienes jurídicos y el consiguiente castigo, por lo que ha de contemplarse de forma restrictiva.

- El porcentaje de los delitos de omisión pura de garante (85%) es muy superior al que corresponde a las infracciones penales de omisión pura general (15%), pues parece lógico que se castigue en mayor medida el incumplimiento de un deber jurídico de actuar por quien es garante del bien jurídico protegido, que por parte de una persona cualquiera que no tiene tal condición.
- En el ámbito de los delitos de omisión y resultado, los de omisión causal representan una mínima parte (7%) frente a los de omisión no causal (93%); lo que confirma la prevalencia de la causalidad «hipotética» frente a la que hemos denominado «sociocultural» mucho más restringida en cuanto a su campo de aplicación.
- Destacan los delitos de omisión no causal equiparable (73%) respecto de los de omisión no causal expresa (27%), aspecto que se corresponde con la naturaleza del art. 11 CP como cláusula de cierre con una doble finalidad: establecer los requisitos para la equiparación de la omisión a la acción en la producción de un resultado y salvaguardar el principio de legalidad en los delitos de omisión y resultado no incluidos explícitamente en la Parte especial.
- Los porcentajes correspondientes a cada una de las cinco clases de delitos de omisión reflejan su incidencia respectiva con relación al total de las infracciones penales de omisión. De mayor a menor son los siguientes: delitos de omisión no causal equiparable (51%), delitos de omisión pura de garante (21%), delitos de omisión no causal expresa (19%), delitos de omisión causal (5%) y delitos de omisión pura general (4%).

Como se puede observar, los delitos de omisión no tienen excesivo protagonismo en el Código penal. La principal vía de expansión de estos se materializa a través de la aplicación del art. 11 CP; precepto que, sin embargo, no contempla todos los posibles supuestos que pueden darse (comunidades de vida o de peligro, por ejemplo), aspecto este que debería subsanarse. Por otra parte, sería conveniente reducir su aplicación, en la medida de lo posible, mediante la incorporación en los tipos penales de verbos o expresiones que

reflejen explícitamente la conducta omisiva que castiga el legislador, a través de un sistema de penalización expresa. Asimismo, cabe destacar la incidencia relativamente alta de los delitos de omisión pura de garante.

## 5. Conclusiones

1. La omisión es la forma de comportamiento humano consistente en la no realización de una acción finalista con trascendencia exterior al propio sujeto, cuando este tiene capacidad para actuar. Esa «no realización de una acción finalista» conlleva que la omisión puede materializarse no solo mediante la mera inactividad sino también a través de acciones diferentes de la requerida para la consecución de un determinado fin.

La percepción de la omisión no es objetiva (como ocurre en la modalidad activa) sino subjetiva, pues está relacionada con el modo de pensar o de sentir de quienes observan dicha conducta y este, a su vez, está influenciado por el entorno sociocultural en el que se encuentran inmersos.

La presencia de la voluntad no es requisito necesario, aunque lo normal es que concurra en la omisión, junto con la motivación, por ser esta la causa del comportamiento.

La capacidad de acción se manifiesta en un dominio final potencial, no pudiendo calificarse de real ya que la acción no llega a realizarse. Dominio que supone la capacidad para coordinar, controlar y dirigir la conducta omitida.

La naturaleza racional y sociable de la persona humana, unida a los principios y valores asumidos por ella en cuanto miembro de la sociedad, hace surgir en los demás una determinada expectativa de acción, cuya frustración además de verificar la omisión conlleva una valoración negativa de esta modalidad de conducta. La expectativa de acción se puede relacionar con la «conducta esperada» (ámbito prejurídico), que no requiere normas de ninguna clase para su configuración, o con la «conducta debida» (ámbito jurídico) que constituye un deber normativo y que, a su vez, está incluida en el concepto anterior, más amplio.

2. En el ámbito jurídico-penal, podemos definir la omisión como la no realización de una acción finalista necesaria *ex*

*ante* para la protección de bienes jurídicos, por parte de un sujeto con capacidad para ello en la situación concreta, que constituye un deber jurídico de actuación impuesto por la norma penal.

Los elementos que podemos considerar distintivos de los delitos de omisión respecto de los de acción son los siguientes: la conducta típica y, dentro de esta, las clases de causalidad que la relacionan con el resultado, así como la posición de garante que debe ocupar el sujeto activo en la mayoría de las infracciones de omisión.

2.1 En relación con la conducta típica el componente objetivo está constituido por un comportamiento externo consistente en no realizar una acción finalista constitutiva de un deber (general o especial) impuesto por el legislador para la protección de un bien jurídico, teniendo capacidad para llevarla a cabo; por lo que dicho comportamiento puede manifestarse por la simple inactividad corporal o, más comúnmente, por la realización de una acción distinta de la debida. Asimismo, puede incluir la existencia de una lesión o daño para un bien jurídico o su puesta en peligro, lo que conlleva una relación de causalidad que puede ser, según los casos, «hipotética» o «sociocultural»; la primera es ficticia (ya que solo es aparente, por carecer del soporte físico que conlleva la acción) y lógica (porque ha de atenerse a las reglas de dicha ciencia), en tanto que la segunda es real (pues tiene existencia verdadera y efectiva) y guarda relación con el modo de pensar o de sentir, que, a su vez, viene determinado por el entorno sociocultural.

El componente subjetivo requiere que el omitente conozca la situación típica (generadora de su deber de actuar o de evitar el resultado, según el caso), su propia capacidad de actuar para cumplir tal deber, así como la vía de actuación procedente para ello, todo lo cual constituye el elemento intelectual del comportamiento omisivo; pero, además, es preciso en los delitos dolosos la presencia del elemento volitivo: que el autor, a pesar de haber adquirido dichos conocimientos, decida libremente incumplir su deber.

En los delitos imprudentes, el elemento fundamental del tipo es la inobservancia por parte del autor del cuida-

do objetivamente debido tanto en la adquisición de los conocimientos necesarios de la situación típica, de su capacidad de actuar o de evitar el resultado, así como de la vía de actuación eficaz, cuanto en la ejecución de la acción prescrita por el legislador y, en su caso, en la evitación del resultado típico.

- 2.2 En lo que respecta al sujeto activo de los delitos de omisión es la persona que, teniendo capacidad de hacerlo, no lleva a cabo la conducta positiva impuesta por el legislador, infringiendo de esta manera, dolosa o imprudentemente, un deber general o especial de actuar o de evitar el resultado, según los casos. El deber especial se deriva de la relación concreta entre el autor del delito y el bien jurídico protegido, que hace que ocupe una posición de garante de este; la cual, a su vez, es fruto del ejercicio de la libertad por parte de aquel (mantenimiento de fuentes de peligro en el ámbito propio, injerencia, y asunción libre de competencias de protección o de control de fuentes de peligro –contrato–) o consecuencia de la atribución normativa (ley).

Conviene señalar que la regulación que el legislador hace de los delitos de omisión en el Código Penal sigue un sistema mixto, pues incluye en la Parte especial los delitos de omisión pura y los que hemos denominado de omisión no causal expresa, mientras que en la Parte general (art. 11 CP) establece una cláusula de equiparación de la omisión a la acción en la producción de un resultado, que permite concretar los delitos de omisión no causal equiparable.

En relación con dicho artículo cabe exponer lo siguiente:

- Su redacción es equívoca.
- Su estructura no resulta coherente, pues mientras que, en su primera parte, establece los criterios para apreciar cuándo los delitos consistentes en la producción de un resultado pueden ser cometidos por omisión según la teoría funcional de la posición de garante, en la segunda parte reduce tal posibilidad exclusivamente a las obligaciones legales o contractuales de actuar y a la creación de peligro por una acción u omisión precedente, de inspiración mayoritaria en la teoría de las fuentes formales del deber.

- La inclusión de la segunda parte, en aras de la seguridad jurídica, conlleva que determinados supuestos de la vida real queden fuera del ámbito de aplicación del mencionado artículo, lo cual no deja de ser un factor negativo.
  - Habría sido deseable y más acorde a la realidad que el art. 11 CP hubiese tenido un significado inequívoco y que hubiera incluido otras posiciones de garante derivadas de situaciones de hecho existentes en la sociedad y que en la configuración actual del precepto no tienen cabida.
3. Por último, es importante conocer la trascendencia que tiene la omisión en el vigente Código Penal; para ello, una vez analizados los tipos incluidos en dicho texto legal hemos deducido que la omisión (17%) sigue siendo minoritaria frente a la acción (83%). Ya en el ámbito de los delitos de omisión y con respecto a sus distintas categorías:
- Se incluye un número mayor de delitos de omisión y resultado (75%) que de omisión pura (25%).
  - El porcentaje de los delitos de omisión pura de garante (85%) es muy superior al que corresponde a las infracciones penales de omisión pura general (15%).
  - En el ámbito de los delitos de omisión y resultado, los de omisión causal representan una mínima parte (7%) frente a los de omisión no causal (93%).
  - Destacan los delitos de omisión no causal equiparable (73%) respecto de los de omisión no causal expresa (27%).
  - De mayor a menor la presencia de las distintas categorías de delitos omisivos es la siguiente: delitos de omisión no causal equiparable (51%); delitos de omisión pura de garante (21%); delitos de omisión no causal expresa (19%); delitos de omisión causal (5%); y delitos de omisión pura general (4%).

## Bibliografía

- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos impropios de omisión*, Madrid: Dykinson, 2005.
- CEREZO MIR, J., *Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)*, Madrid: UNED, 1997.

- CUADRADO RUIZ, M. A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario: análisis crítico del art. 363 del Código Penal*, Barcelona: Bosch, 1998.
- CUESTA AGUADO, P. M. DE LA, *Tipicidad e imputación objetiva (según el nuevo Código Penal de 1.995)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- GIL GIL, A., «Iter criminis». En *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Dykinson, 2011, 315-345.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición». En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Ministerio de Justicia y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1997, 5-112.
- GRACIA MARTÍN, L., «Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)». En *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, 411-482.
- HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1.995*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid: Marcial Pons, 2006.
- LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Comportamiento omisivo y Derecho Penal*, Madrid: Dykinson, 2004.
- «La causalidad en la teoría de la conducta y en la teoría de la tipicidad». En *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Dykinson, 2011, 145-166.
- LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid: Tecnos, 2004, 7.ª Edición.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid: Civitas, 2002.
- MAQUEDA ABREU, M. L., «Delitos de omisión I». En *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, 821-839.
- MELENDO PARDOS, M., «Teoría de la codelincuencia, I: Autoría». En *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Dykinson, 2011, 347-375.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: Reppertor, 2002, 6.ª Edición.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, 6.ª Edición.

- REEVE, J., *Motivación y emoción*, México D. F.: McGraw-Hill, 2003, 3.<sup>a</sup> Edición.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión: concepto y sistema*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2003, 2.<sup>a</sup> Edición.
- STRUENSEE, E., *Actuar y omitir: delitos de comisión y de omisión*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español 1*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1992, 3.<sup>a</sup> Edición Renovada.

