

**DELITOS DE OMISIÓN PROPIA E  
IMPROPIA (COMISIÓN POR OMISIÓN)  
Y PROBLEMAS DE COAUTORÍA**

**Dr. Carlos Chinchilla Sandí  
Juez del Tribunal de Casación Penal**

**2004**

**DELITOS DE OMISIÓN PROPIA E  
IMPROPIA (COMISIÓN POR OMISIÓN)  
Y PROBLEMAS DE COAUTORÍA**

I. Generalidades acerca de los delitos de omisión	000
II. Los delitos de omisión como delitos de «infracción del deber»	000
III. La clasificación entre delitos propios e impropios de omisión	000
<b>A.</b> Los delitos propios de omisión	000
1. La situación generadora del deber	000
2. La realización de la acción que es objeto del deber	000
3. Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción	000
<b>B.</b> Los delitos impropios de omisión	000
1. El resultado y la imputación objetiva	000
2. La posición de garante	000
<i>a) Posición de garante emanada de un deber de protección de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo</i>	000
<i>b) Posición de garante emanada de un deber de cuidado de una fuente de peligro</i>	000
IV. La coautoría y los delitos de omisión	000
<b>A.</b> Tesis de no aceptación de la coautoría en los delitos de omisión	000
<b>B.</b> Tesis de admisión de la coautoría en los	

delitos de omisión	000
1. Primer caso: La omisión en la evitación de un resultado contrariando un deber jurídico de actuar dirigido a varias personas conjuntamente	000
2. Segundo caso: La intervención en un delito de comisión activa mediante un comportamiento omisivo	000
<b>V. Toma de posición</b>	<b>000</b>

## DELITOS DE OMISIÓN PROPIA E IMPROPIA Y PROBLEMAS DE COAUTORÍA

El análisis de los delitos de omisión propia e impropia ante la figura de la coautoría resulta relevante, debido a las diferentes alternativas que pueden surgir si se toma como punto de partida una teoría u otra para definir al coautor.

Partimos de la aceptación de la teoría del dominio del hecho como identificadora del concepto de autor y, por ende, del concepto de coautor. De ahí, la consecuencias a las que llegaremos a lo largo de esta trabajo.

El tema de los delitos de omisión, por sí mismo, resulta sumamente polémico y controvertido. Por ello, es necesario realizar una aproximación a las distintas posiciones para, de esta forma, comprender un poco mejor su problemática.

No es posible, ni científicamente justificado, entrar directamente a desentrañar los problemas que pueden surgir de coautoría en los delitos de omisión -propia e impropia- sin antes dejar establecido cuál es nuestro concepto sobre los mismos y los alcances que deben tener.

Esta labor de determinación o, al menos, ubicación dentro de la sistemática desarrollada en torno a los delitos de omisión, brindará un mejor marco de acción en cuanto a la posición que debemos asumir respecto a las posibilidades o no de coautoría. Por ello, se desarrollará, sin ánimo de exhaustividad, pero si de concreción de conceptos y líneas precisas de pensamiento, aspectos relativos a las generalidades de los delitos de omisión, así como su distinción de los delitos comisivos. Además, tendremos la oportunidad de diferenciar claramente dos tipos de categorías dentro de los delitos de omisión, entiéndase, los delitos *propios* de omisión y los delitos

*impropios* de omisión, así como los elementos que integran e identifican cada una de ellas. Aparte de este desarrollo explicativo general de los mencionados delitos, se procederá a dirigir la atención hacia la problemática que encierra la consideración de la figura de la coautoría en los mismos.

## I. GENERALIDADES ACERCA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

El concepto de omisión resulta más fácilmente comprensible de su comparación con la noción de acción; resultando ambos, en definitiva, conceptos que pertenecen a un mismo plano <sup>1</sup>.

En la dogmática penal, en forma general, los tipos se distinguen según se refieren en la forma de *infracción de una prohibición de hacer* o en la forma de *desobediencia a un mandato de acción*; lo cual representa, *delitos de comisión y delitos de omisión*, respectivamente <sup>2</sup>. Se podría decir que, la diferencia fundamental entre el delito comisivo y el omisivo se encuentra en las reglas que rigen la verificación de la adecuación típica; de donde, al tipo prohibitivo resulta adecuada solamente la *acción que coincide con la descrita en el tipo*, por su parte, al tipo imperativo es adecuada toda acción que *no coincida* con la ordenada por la norma <sup>3</sup>. En otras palabras, las normas jurídicas son normas prohibitivas o preceptivas. Si la *norma prohibitiva* viene a impedir una acción determinada, se ordena, por tanto, una omisión. Por el contrario, la *norma preceptiva* viene a ordenar una acción determinada,

---

<sup>1</sup> Cfr. Bacigalupo Zapater, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito.*, Buenos Aires, 2ª. edic., 1986, p. 119.

<sup>2</sup> Cfr. Bacigalupo Zapater, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2ª. edic., 1990, p. 255.

<sup>3</sup> Cfr. Bacigalupo Zapater, Enrique, *Delitos improprios de omisión*, Bogotá, 2ª. edic., 1983, pp. 72 y ss.; el mismo, *Lineamientos...*, cit., p. 119.

solicitándose un hacer positivo, de modo que la infracción consiste en la omisión de ese hacer <sup>4</sup>. En fin, todos los *delitos de omisión*, ya sean *proprios* o *impropios*, constituyen infracciones de normas preceptivas <sup>5</sup>.

Se debe tener presente que, muchas veces se cuenta con específicos tipos de omisión. Pero al lado de los mismos subsisten, con mayor relevancia, los casos de delitos de omisión no regulados por la ley, de gran importancia práctica, donde la doctrina considera que la mayoría de los delitos de comisión en cuyo tipo se incluye un resultado de lesión o peligro, pueden ser realizados también mediante la no evitación del resultado, siempre que haya un deber jurídico de intervenir <sup>6</sup>.

La diferenciación entre una acción o una omisión, con frecuencia, no resulta una tarea fácil. Por ello, Jescheck ha permitido, por medio del llamado *criterio de la causalidad*, ayudar en la contestación de esa interrogante. Pues bien, ese *criterio de la causalidad* señala que si alguien ha causado el resultado mediante un hacer positivo y objetivamente típico, éste es el punto de referencia decisivo para el Derecho penal <sup>7</sup>. Este criterio conduce a aplicar los extremos de la teoría de la *conditio sine qua non*, por medio de la supresión hipotética de la contribución, sin la cual, el resultado no se hubiera producido. En tales términos, «únicamente cuando conste que el actuar activo del autor, aunque doloso o imprudente, era socialmente adecuado, ajustado a Derecho -no antijurídico, debido a una causa de justificación- o inculpable, habrá que continuar examinando si el autor omitió el hacer positivo que cabía esperar de él y

---

<sup>4</sup> Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, 4<sup>a</sup> edic., trad. Por José Luis Manzanares Samaniego, 1993, p. 547.

<sup>5</sup> Cfr. Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 547.

<sup>6</sup> Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 548.

<sup>7</sup> Jescheck, *Tratado...*, cit., pp. 548-549.

mediante el cual se habría evitado el resultado»<sup>8</sup>. Para lograr acercarnos un poco mejor al entendimiento de lo que se debe entender como acción y omisión, vamos a exponer cinco casos que han llamado poderosamente la atención, desde tiempo atrás, en la doctrina y la jurisprudencia alemana<sup>9</sup>:

-*Primer caso*: un ejemplo clásico lo constituye el «*caso del ciclista*», juzgado por el Tribunal Supremo Alemán -**BGH**- en el año de 1957<sup>10</sup>. El conductor de un camión quiso adelantar a un ciclista y al hacerlo no guardó la distancia de separación impuesta por el Código de la Circulación. Durante el adelantamiento el ciclista, que estaba ebrio, por haber girado la bicicleta hacia la izquierda debido a una reacción de cortocircuito producida por el alcohol, cayó bajo las ruedas traseras del camión que en ese momento pasaba por su lado, y murió a consecuencia del accidente. Se comprobó después que con suma probabilidad también se habría producido el accidente y con el mismo fatal desenlace aunque el conductor del camión hubiera mantenido una separación suficiente al efectuar el adelantamiento.

-*Segundo caso*: trata del famoso «*caso del farmacéutico*», conocido por el Tribunal del Imperio en 1887<sup>11</sup>. Un farmacéutico al que una receta médica le autorizaba a despachar una sola vez una medicina compuesta de fósforo, la había suministrado después unas cuantas veces más sin consultar al médico, porque se lo había pedido la madre del niño enfermo. El niño murió de envenenamiento por fósforo. Se

---

<sup>8</sup> Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 549.

<sup>9</sup> Vid. el desarrollo de estos casos con sus soluciones en, Roxin, Claus, *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, trad. Por Diego-Manuel Luzón Peña, 1976, pp. 149 y ss.; Jescheck, *Tratado...*, cit., pp. 531, 549.

<sup>10</sup> **BGH** 11, 1-7.

<sup>11</sup> **RG** 15, 151-155.

pudo averiguar después que el médico, si se le hubiera preguntado, sí hubiera dado la autorización para que se siguiera suministrando la medicina.

-*Tercer caso*: algo similar sucede también en el «*caso del pelo de cabra*»<sup>12</sup>, del que se ocupó el Tribunal Superior del Reich -**RG**- en el año 1929. El acusado había comprado a una firma comercial china pelo de cabra para su fábrica de pinceles y, pese a que la firma comercial le había comunicado que tenía que desinfectarlo, había hecho que sus trabajadores lo transformaran en pinceles sin previa desinfección. Cuatro trabajadores resultaron contagiados por bacilos de carbunco y murieron. Según las declaraciones del perito posiblemente también habrían muerto aunque se hubiera realizado la desinfección, porque los desinfectantes permitidos no habrían ofrecido suficiente garantía de que tales pelos estuvieran realmente libres de gérmenes.

-*Cuarto caso*: se trata del «*caso de la novocaína*»<sup>13</sup>, que es el que más atención ha prestado la doctrina; El médico había empleado para anestesiar una inyección de cocaína en vez de novocaína, que era lo indicado médicamente. Ello era un fallo profesional, y el paciente murió a consecuencia de la inyección. Posteriormente se puso de manifiesto que, dada la constitución física del paciente, posiblemente el empleo de novocaína, por el que no se le hubiera podido reprochar nada al médico, también habría provocado la muerte.

-*Quinto caso*: la última situación sometida al **RG** trata del «*caso del curandero*»<sup>14</sup>; Un curandero dispone demasiado tarde que una enferma cancerosa reciba tratamiento clínico, de modo que ya no resulta posible el auxilio quirúrgico, mas

---

<sup>12</sup> **RG** 63, 211-215 (211).

<sup>13</sup> **RG HRR** 15 de octubre 1926, núm. 2.302.

<sup>14</sup> **RG** 75, 324.

aquella probablemente tampoco hubiera podido ser salvada con una operación a tiempo.

La solución de los anteriores casos, extremadamente dudosos, han dirigido a la doctrina alemana a asumir diversas posiciones respecto a si se trata de tipos imprudentes u omisivos. Por su parte, Roxin <sup>15</sup> llega a la conclusión, al menos en los cuatro primeros casos -que son los que estudia con detenimiento- que, ni la solución de la omisión ni la teoría del nexo causal, ni la consideración de hipotéticas causas del daño son capaces de resolver adecuadamente la problemática en esos casos, «podría parecer que hay que prescindir por completo de consideraciones sobre lo que hubiera ocurrido de ser correcta la conducta y que hay que castigar en todos estos casos», pero en definitiva, el mismo Roxin considera que esta no es la respuesta correcta <sup>16</sup>. Roxin acude al principio del *incremento del riesgo*, por medio del cual logra dar correcta solución a todos estos casos dudosos, como supuestos de imprudencia <sup>17</sup>. Para llegar a ello, propone el siguiente ejercicio de verificación para alcanzar la posible presencia del llamado *incremento del riesgo*, veamos: «Examínese qué conducta no se le hubiera podido imputar al autor según los principios del riesgo permitido como infracción del deber; compárese en ella la forma de actuar del procesado, y compruébese entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido. si es así, habrá una lesión del deber que encajará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente. si no hay aumento del riesgo no se le puede cargar el resultado al agente, que, en consecuencia debe ser absuelto» <sup>18</sup>. Como lo

---

<sup>15</sup> Cfr. Roxin, en *Problemas...*, 1976, pp. 167-175.

<sup>16</sup> Roxin, en *Problemas...*, 1976, p. 167.

<sup>17</sup> Cfr. Roxin, en *Problemas...*, 1976, pp. 167 y ss.

<sup>18</sup> Roxin, en *Problemas...*, 1976, pp. 167-168.

hemos dicho, Roxin llega a resolver los cuatro primeros casos por medio del principio del *incremento del riesgo*, logrando considerar en todos ellos, un proceder imprudente del sujeto; casos del ciclista <sup>19</sup>, del farmacéutico <sup>20</sup>, del contagio por el pelo de cabra <sup>21</sup> y de la novocaína <sup>22</sup>.

Jescheck <sup>23</sup> en forma divergente a la expuesta por Roxin, logra decir que ante los cinco casos, si bien es cierto que estamos ante supuestos de imprudencia, también lo es que preferir utilizar la teoría del *nexo causal* y no, la doctrina del *incremento del riesgo*, de la cual se ha servido Roxin.

He pretendido mostrar los anteriores casos, resueltos por la jurisprudencia y discutidos por la doctrina alemanas, para que una vez resuelto el problema de considerarlos como verdaderos supuestos de proceder imprudente, lleguemos a determinar si nos encontramos ante conductas que podrían ser tratadas como acción u omisión. Estamos de acuerdo con Jescheck <sup>24</sup> en que, en realidad, en los cuatro casos propuestos, se trata de un *hacer positivo* contrario al cuidado, mientras que en el caso del curandero, se debe apreciar *omisión* del ingreso a tiempo en la clínica.

---

<sup>19</sup> Cfr. Roxin, en *Problemas...*, 1976, pp. 170-171.

<sup>20</sup> Cfr. Roxin, en *Problemas...*, 1976, p. 172.

<sup>21</sup> Cfr. Roxin, en *Problemas...*, 1976, p. 173.

<sup>22</sup> Cfr. Roxin, en *Problemas...*, 1976, pp. 174-175.

<sup>23</sup> Cfr. Jescheck, *Tratado...*, cit., pp. 530-532.

<sup>24</sup> Cfr. Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 549.

En los delitos de omisión, la verificación de la tipicidad, es en cierto modo, inversa de la que corresponde llevar a cabo en los delitos de comisión. En estos últimos -los delitos de comisión- es necesario subsumir la acción realizada bajo la descripción contenida en el tipo penal, por su parte, en los delitos de omisión la tipicidad se verifica demostrando que la acción realizada *no* se subsume en el modelo o esquema de la acción que requiere el ordenamiento jurídico (la acción puede agotarse en un determinado comportamiento, por ejemplo, denunciar, o, también, ser un comportamiento que evite un resultado, por ejemplo, impedir la comisión de un delito de determinada especie)<sup>25</sup>.

## II. LOS DELITOS DE OMISIÓN COMO DELITOS DE «INFRACCIÓN DEL DEBER»

Como ya se ha mencionado, dentro de los ***delitos de infracción del deber***, encontramos a los delitos de omisión, constituidos por la infracción de un deber legal de impedir el resultado<sup>26</sup>; es lo que conocemos como delitos *impropios de omisión* o «*comisión por omisión*». En ellos el dominio del hecho vuelve a ser desplazado por la infracción de un deber específico dirigido a impedir un resultado. En este tipo de delitos, cuya nota característica es la omisión, quien omite (garante), al no cumplir su deber asignado, será considerado siempre autor. Por otra parte, aquellos defensores de la doctrina del dominio del hecho -mayoría en Alemania- en su aplicación a los casos de comisión por omisión, atienden al dominio del hecho que mantiene el autor comisivo y subordinan al omitente que no impide, dejándolo como simple partícipe<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., p. 259.

<sup>26</sup> Cfr. Roxin, Claus, *Sobre la autoría y participación en el Derecho penal*, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, pp. 69-70.

<sup>27</sup> Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, *Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario*, en *Cuadernos de Política Criminal*, número 38, 1989, pp. 387-388.

Siguiendo la teoría de Roxin, en forma contraria a lo expuesto, la complicidad sólo puede sobrevenir cuando el tipo no puede realizarse por omisión, o sea en los delitos de propia mano y en los de apoderamiento activo <sup>28</sup>.

La tesis de Roxin, sólo puede ser seguida si se deja de lado el criterio del dominio del hecho como definitorio de la autoría en este ámbito <sup>29</sup>. En este sentido, es de recibo la opinión de Gómez Benítez, cuando dice que «político-criminalmente [...], no se ven las razones por las que ese *intra-neus* no ha de ser tratado como autor, cuando, precisamente, su situación de garante le coloca en una específica relación con el derecho penal. Otra cosa es que se discuta, en general, la doctrina de la comisión por omisión, lo que parece correcto. Pero una vez admitida ésta, la coherencia de la solución de Roxin parece difícilmente discutible» <sup>30</sup>.

### III. LA CLASIFICACIÓN ENTRE DELITOS *PROPIOS* E *IMPROPIOS* DE OMISIÓN

Dentro de los delitos de omisión podemos realizar una clasificación entre **delitos propios de omisión** (*delicta omissiva*) y **delitos impropios de omisión** (*delicta commissiva por omissionem*) <sup>31</sup>. Esta clasificación se incluye en aquella que los divide en *delitos de omisión pura* -identificados con los delitos propios de omisión- y *delitos de comisión por omisión* (omisión de garante) -identificados con los delitos de

---

<sup>28</sup> Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 3a. edic., 1975, pp. 605 y ss.

<sup>29</sup> Cfr. Gómez Benítez, José Manuel, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, p. 117.

<sup>30</sup> Gómez Benítez, en *ADPCP*, 1984, p. 117 (la letra cursiva no ha sido utilizada en el texto original).

<sup>31</sup> Cfr. Jescheck, *Tratado...*, cit., pp. 550-553; Bacigalupo, *Principios...*, cit., pp. 257-258.

comisión por omisión-<sup>32</sup>. El acceder a una u otra clasificación resulta totalmente intrascendente, ya que ambas son válidas y reflejan una misma realidad; pero he preferido el seguir la primera de ellas, que distingue entre delitos *propios* de omisión y delitos *impropios* de omisión.

Aparte de estas clasificaciones, que podría otorgárseles el calificativo de clásicas, tenemos algunas otras que diferencian en forma detenida particularidades dentro de los delitos de omisión, entre ellas encontramos la propuesta por Silva Sánchez<sup>33</sup>, el cual muestra una clasificación tripartita, donde se viene a restringir la idea de los delitos de comisión por omisión, distinguiendo entre la *omisión pura general*; la *omisión pura de garante*; y, por último, la *comisión por omisión*.

Jescheck expone que más acertada que la clasificación entre delitos propios e impropios de omisión serían, objetivamente, las de delito de omisión *simple* y *cualificado*<sup>34</sup>.

No entraremos en el estudio de cada una de las clasificaciones dichas, aunque mostramos nuestra preferencia hacia la clasificación primera, que considera o identifica los delitos omisivos como *delitos propios de omisión* y *delitos impropios de omisión*.

### **A. Los delitos *propios* de omisión**

---

<sup>32</sup> Cfr. Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, 3ª. edic., 1990, pp. 324-326 (con especial reflejo p. 324).

<sup>33</sup> Cfr. Silva Sánchez, en *CPC*, número 38, 1989, pp. 367-404 (especialmente la p. 369, nota 7).

<sup>34</sup> Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 551.

En términos generales se dice que, efectivamente, los delitos *proprios* de omisión son aquellos que se encuentran tipificados expresamente en la ley penal <sup>35</sup>. Desde otro punto de vista, son aquellos que contienen un mandato de acción, sin tomar en cuenta a los efectos de la tipicidad si ésta evitó o no la lesión del bien jurídico. En otras palabras, requieren para su tipicidad sólo la omisión de una acción <sup>36</sup>, pues se agotan en el incumplimiento del mandato de acción <sup>37</sup> o, lo que es lo mismo, se agotan en la no realización de la acción requerida por la ley <sup>38</sup>.

Según Jakobs, conforme a lo expuesto, los delitos propios de omisión son delitos especiales en sentido amplio, debido a que el autor siempre está definido como autor en una situación de responsabilidad por organización. Como sucede en la comisión de socorro, en que se refiere que el autor sea una persona que se encuentra ante una situación de desamparo accidente o calamidad general <sup>39</sup>. A ello agrega Jakobs, «si sólo puede ser autor quien está obligado en virtud de responsabilidad institucional, se da un delito especial en sentido estricto, pero no en los deberes en virtud de responsabilidad por organización. Así pues, un delito de omisión propia -al igual que un delito de omisión impropia- puede ser delito especial en sentido estricto (y con ello delito de infracción de deber) o no, dependiendo de la clase de deber. Ejemplo: [...] en caso de deberes derivados del matrimonio o de la relación paterno-

---

<sup>35</sup> Cfr. Bacigalupo, *Lineamientos...*, cit., p. 120; el mismo, *Principios...*, cit. pp., 257-258.

<sup>36</sup> Cfr. Bacigalupo, *Principios...*, cit., pp. 257-258.

<sup>37</sup> Bacigalupo, *Lineamientos...*, cit., p. 120.

<sup>38</sup> Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 550.

<sup>39</sup> Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, trad. Por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 1995, cit., p. 1040.

filial, es un delito especial y de infracción de deber, y sin embargo no lo es en los deberes derivados de injerencia y asunción (lo cual es importante para la participación)»<sup>40</sup>.

La comprobación de la *tipicidad objetiva* de una conducta respecto del tipo de un delito propio de omisión requiere la verificación de tres elementos<sup>41</sup>:

### **1. La situación generadora del deber**

Nos dirigimos hacia la *situación de hecho* de la que surge el deber de realizar una determinada acción; identificándose esta situación, en todos los casos, con un peligro para el bien jurídico. Generalmente, la misma está íntegramente descrita en la ley -v. gr. art. 144 del Código Penal; «encuentre perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o amenazada de un peligro cualquiera»-. La peculiaridad de estos supuestos, es que genera un deber de actuar para cualquiera que se encuentre con la persona necesitada de auxilio; tomando en cuenta el Código Penal que el prestar este auxilio no represente un peligro para el omitente o un tercero, siempre y cuando no se encuentre obligado a soportar<sup>42</sup>.

### **2. La no realización de la acción que es objeto del deber**

---

<sup>40</sup> Jakobs, *Derecho Penal...*, cit., p. 1040.

<sup>41</sup> Cfr. Jescheck, *Tratado...*, cit., pp. 559 y ss.; Bacigalupo, *Lineamientos...*, cit., pp. 120-121; el mismo, *Principios...*, cit., pp. 258-260; Mir, *Derecho Penal...*, cit., pp. 330 y ss.; Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 282 y ss. En la exposición seguiré la descripción que, de estos elementos, realiza Bacigalupo en sus obras.

<sup>42</sup> Cfr. Bacigalupo, *Lineamientos...*, cit., pp. 120-121; el mismo, *Principios...*, cit., p. 259.

Para lograr llegar a determinar este segundo elemento, se debe comparar la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar. Generalmente esta última está descrita -v. gr.; art 144 del Código Penal al indicar «omita prestarle el auxilio necesario según las circunstancias»- cuando la ley sólo exige la realización de una acción; por otra parte, se cuenta con aquellos casos donde el deber requiere evitar el resultado. La acción mandada se tendrá por cumplida cuando el obligado haya intentado seriamente su realización <sup>43</sup>.

### 3. Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción

Esta capacidad del obligado de realizar la acción mandada o de, en su caso, evitar el resultado, se trata, de un elemento *individual* <sup>44</sup>. Lo que Jescheck identifica como la *capacidad individual de acción* <sup>45</sup>. La definición de este elemento se puede enfrentar desde diversos ángulos; por un parte tenemos que esta capacidad de ejecutar o evitar el resultado debe evaluarse sin tomar en consideración el conocimiento que el autor tenga de ella <sup>46</sup>, o sea, el llamado juicio de posibilidad se apoya en criterios objetivos <sup>47</sup>. Por ejemplo: tiene capacidad el que no sabe nadar, pero tiene la posibilidad de arrojar al que ha caído al agua un salvavidas, que no ve y

---

<sup>43</sup> Cfr. Bacigalupo, *Lineamientos...*, cit., p. 121; el mismo, *Principios...*, cit., pp. 259-260.

<sup>44</sup> Cfr. Bacigalupo, *Principios...*, cit., p. 260.

<sup>45</sup> Cfr. Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 560.

<sup>46</sup> Cfr. Bacigalupo, *Principios...*, cit., 260.

<sup>47</sup> Cfr. Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 561.

que podría haber visto <sup>48</sup>. Otro punto de vista, cifra el requerimiento del obligado el conocimiento de la situación generadora del deber como la cognoscibilidad de los medios para realizar la acción y el conocimiento del fin de esta última <sup>49</sup>. Por último, tenemos la posición de Jescheck <sup>50</sup>, el cual requiere el conocimiento de la situación típica, asimismo la existencia de los «presupuestos externos» (proximidad espacial y socorro apropiado) para la realización de la acción, además de las «fuerza propias» (fuerzas físicas, conocimientos técnicos y facultades intelectuales). Unido a todo ello, Jescheck exige que el autor por omisión debe *representarse* como posible meta de su voluntad la acción ordenada o, al menos, tiene que *poder representársela* prestando el necesario cuidado. En ambas direcciones ha de aplicarse un módulo *objetivo*: se trata de saber si un observador inteligente hubiera llegado, mediante el examen de la situación fáctica "ex ante", a representar la acción ordenada como meta de su voluntad y a considerar suficientes las posibilidades externas <sup>51</sup>.

Aparte de estos tres elementos estudiados, existe en los delitos de omisión tipificados que requieren la evitación de un resultado, la necesaria ***imputación objetiva***. Este último elemento coincide con la exigencia de los delitos no tipificados (delitos impropios de omisión) <sup>52</sup>.

## **B. Los delitos *impropios* de omisión**

---

<sup>48</sup> Cfr. Bacigalupo, *Principios...*, cit., 260.

<sup>49</sup> Cfr. Bacigalupo, *Principios...*, cit., 260.

<sup>50</sup> Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 561.

<sup>51</sup> Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 561.

<sup>52</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., p. 260.

Los delitos *impropios de omisión* son conocidos como delitos de *comisión por omisión* (*delicta commissiva por omissionem*), pues se dice formalmente que su impropiedad reside en la falta de tipificación en la ley penal de la llamada comisión por omisión <sup>53</sup>.

Podríamos decir que, junto con Bacigalupo, estos delitos consisten, en supuestos en los que mediante una cláusula general se determina que, bajo ciertas condiciones, no evitar un resultado que se estaba obligado a evitar es equivalente a realización activa del tipo penal que prohíbe la producción activa del resultado <sup>54</sup>. En definitiva, los delitos improprios de omisión requieren evitar la producción de un resultado; la realización del tipo depende, de esta última <sup>55</sup>.

En resumen, los delitos *impropios* de omisión son aquellos donde la obligación de acción requiere, necesariamente, *evitar el resultado* que corresponde a un delito de comisión; siendo que este mandato y las condiciones que determinan su equivalencia con la acción positiva de producir el resultado prohibido *no se contemplan en forma expresa* en la ley <sup>56</sup>.

Se puede decir que los delitos improprios de omisión son una variedad de los tipos de comisión; la realización omisiva de un delito de comisión <sup>57</sup>. En otras palabras,

---

<sup>53</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., p. 257.

<sup>54</sup> Bacigalupo, *Lineamientos...*, cit., p. 118.

<sup>55</sup> Bacigalupo, *Lineamientos...*, cit., p. 119; el mismo, *Principios...*, cit., p. 257.

<sup>56</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., p. 258.

<sup>57</sup> Bacigalupo, *Delitos improprios de omisión*, cit., p. 124.

los tipos de los delitos impropios de omisión vienen a complementar los tipos de los delitos de comisión, mediante la fórmula de «no evitar el resultado»<sup>58</sup>.

La verificación de la tipicidad en los delitos no tipificados (impropios) de omisión, se trata, podría decirse, de una operación inversa a la que corresponde llevar a cabo en los delitos de comisión. En efecto, en éstos es preciso subsumir la acción realizada bajo la descripción contenida en el tipo, por su parte, en los delitos impropios de omisión -al igual que en todos los delitos de omisión- la tipicidad se comprueba demostrando que la acción realizada no se subsume bajo la descripción de la acción que hubiera evitado el resultado<sup>59</sup>.

Esta verificación de la tipicidad en los delitos impropios de omisión cuenta, inicialmente, con los tres mismos elementos que describí en los delitos propios de omisión, a saber: la situación generadora del deber, la realización de la acción que es objeto del deber -no realización de la acción- y capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción. Ahora bien, aparte de estos elementos comunes, la omisión impropia cuenta con dos elementos<sup>60</sup> particulares que la identifican, como lo son:

## 1. El resultado y la imputación objetiva

---

<sup>58</sup> Bacigalupo, *Lineamientos...*, cit., p. 123.

<sup>59</sup> Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, cit., pp. 123-124.

<sup>60</sup> Cfr. Jescheck, *Tratado...*, cit., pp. 559 y ss.; Stratenwerth, Günther, *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*, Madrid, trad. de la 2ª. edic. alemana (1976) por Gladys Romero, 1982, pp. 290 y ss; Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, cit., pp. 123-124, 132 y ss.; *Lineamientos...*, cit., pp. 122-128; el mismo, *Principios...*, cit., pp. 261-264; Mir, *Derecho Penal...*, cit., pp. 332 y ss.; Silva Sánchez, *El delito de omisión...*, pp. 368 y ss., con particulares apreciaciones con respecto a la comisión por omisión. En la exposición, como en los delitos de omisión propia, seguiré la descripción que, de estos elementos, realiza Bacigalupo en sus obras.

La llamada *infracción de un deber de evitar el resultado*, es lo único que puede dar lugar a un delito impropio de omisión <sup>61</sup>. Este deber de evitar el resultado será el de un delito de comisión tipificado -v. gr.; la muerte en el homicidio, art. 111 del Código Penal-. Ahora bien, no cualquier tipo comisivo puede dar lugar a un delito impropio de omisión, esta posibilidad se excluye, básicamente, en los delitos de propia mano <sup>62</sup>.

Según Jescheck, para la consumación del delito impropio de omisión se requiere la *producción del resultado típico* <sup>63</sup>. En los delitos de comisión la imputación objetiva presupone que el autor ha causado el resultado; por su parte, en los delitos de omisión, igualmente, el resultado debe serle objetivamente imputable al autor <sup>64</sup>. Con ello, se abandona la idea clásica de la *causalidad de la omisión*, rechazándose la misma <sup>65</sup>. Esta posición ha sido la que sustenta la doctrina actual, enfocando una diferencia esencial: mientras los problemas de causalidad se resuelven según las reglas físicas, los de imputación objetiva dependen de criterios derivados de la finalidad y contenido de la norma. Este cambio de actitud se debe a la identificación con la idea de que las normas no prohíben ni mandan causaciones <sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., p. 261.

<sup>62</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., p. 261.

<sup>63</sup> Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 561.

<sup>64</sup> Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 561.

<sup>65</sup> Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 561.

<sup>66</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., p. 262.

De todo ello se concluye, que la relación que debe existir entre el resultado no evitado y la omisión, no es de causalidad sino de imputación objetiva <sup>67</sup>.

Otro aspecto relevante en el estudio de la omisión impropia es el relativo al grado de certeza que se requiere en la respuesta por el sujeto; por un lado se pide la *segura* evitación del resultado para determinar el actuar omisivo, por otra parte, dentro de la cual se encuentra la doctrina dominante, considera que es suficiente con poder afirmar que la acción omitida *posiblemente* hubiera evitado el resultado <sup>68</sup>.

## 2. La posición de garante

En este punto, es necesario dejar claro desde un primer momento, la distinción que se debe realizar entre la existencia de un deber de actuar como presupuesto indispensable de la responsabilidad de autor, y la necesaria posición de garante <sup>69</sup>; dirigidos ambos, a la determinación de la responsabilidad del omitente. Por ello, la mera infracción de un deber de acción es insuficiente para determinar su sanción de la misma manera que si hubiera una acción prohibida <sup>70</sup>. En la misma línea, Jakobs considera que autor de un delito de omisión sólo puede serlo el titular de un *deber de responder* de que se evite el resultado (deber de garante) <sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., p. 262.

<sup>68</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., pp. 262-263.

<sup>69</sup> Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, pp. 275 y ss.; en adelante citado como *Unterlassungsdelikte*.

<sup>70</sup> Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, cit., p. 138.

<sup>71</sup> Jakobs, *Derecho Penal...*, cit., p. 968.

La posición de garante puede surgir de dos diferentes situaciones:

**a) Posición de garante emanada de un deber de protección de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo**

Un primer grupo de casos de este tipo, son aquellos en los que el omitente tiene a su cargo la *protección* de un bien jurídico <sup>72</sup>. Esos deberes son indudables cuando se tiene el *cuidado de personas necesitadas* -por ejemplo: el caso del niño al cuidado de la niñera o del enfermo por la enfermera-. Dentro de tal órbita, entran los cuidados debidos por quienes aceptan el cuidado de personas que realizan actividades a las que pueda resultar un peligro -por ejemplo: el socorrista en una piscina o playa- <sup>73</sup>.

También se identifica un deber de protección que genera una posición de garante entre familiares cercanos y en los casos de convivencia, en las situaciones en que el peligro amenace al vida o la integridad corporal. Muchas de las veces, un deber de la naturaleza dicha incumbe a los funcionarios respecto al peligro de lesión de bienes jurídicos que corresponden a su competencia <sup>74</sup>.

**b) Posición de garante emanada de un deber de cuidado de una fuente de peligro**

Esta segunda categoría corresponde a aquellos casos en los cuales el omitente ha asumido una *garantía de seguridad* respecto de una fuente de peligros que tiene bajo su control <sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., p. 263.

<sup>73</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., p. 263.

<sup>74</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., p. 263.

<sup>75</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., p. 263.

Jescheck procede a definir tres subgrupos dentro de la posición de garante surgida de un deber de cuidado de una fuente de peligro: la primera aparece a través de un previo consentimiento peligroso que puede crear una situación de riesgo para otras personas, correspondiendo al garante eliminarla; en segundo lugar, pueden originar el deber de garante las fuentes de peligro ubicadas en el propio ámbito social de dominio y; en último lugar, existe un deber de controlar la actuación de personas que el garante ha de vigilar <sup>76</sup>.

Bacigalupo <sup>77</sup> propone, a su vez, tres subgrupos que se pueden identificar bajo de la posición de garante emanada de un deber de cuidado de una fuente de peligro. El primero de ellos constituido por los *peligros provenientes de las propias acciones*, donde un *hecho anterior del propio sujeto genera el peligro* del bien jurídico; se trata de situaciones discutidas y se estudian en forma restrictiva –v. gr.; aquel que sirve alcohol a otro y luego no le impide que conduzca su automóvil, resultando que el mismo mata a otro al volver a su casa, surgiendo la duda de la posible responsabilidad por omisión culposa, del que sirviéndole el alcohol y conociendo el estado de embriaguez no impidió conducir el coche. En segundo lugar, tenemos los *peligros creados por otras personas* que -de alguna manera- estén dentro del ámbito de influencia del omitente; en ella se comprenden la posición del padre respecto de los peligros causados por los hijos menores, la de los maestros respecto de menores a su cargo, así como la de los funcionarios respecto a sus subordinados, en tales casos, el orden público coloca al omitente en la posición de custodio, lo cual es indudable en el caso de los funcionarios respecto a los bienes e intereses del Estado y de los particulares. Por último, la fuente de peligros puede ser de índole *natural* o *mecánica*.

---

<sup>76</sup> Jescheck, *Tratado...* cit., pp. 567-571; para ampliar con detalle el contenido de cada uno de los tres subgrupos, consultar las páginas citadas.

<sup>77</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., pp. 263-264.

Hemos podido ver lo concerniente al tipo objetivo de los delitos de omisión - propios e impropios-, concierne en este momento, exponer, en forma resumida, lo relativo al *tipo subjetivo* en estos delitos. Los delitos propios de omisión y en los delitos impropios de omisión se caracterizan porque el tipo subjetivo de ambos coincide totalmente <sup>78</sup>. Armin Kaufmann <sup>79</sup> señala que, el dolo del delito de comisión consiste en la disposición de realización de una acción, mientras que en la omisión falta esta disposición o voluntad. Por ello, como expone Bacigalupo <sup>80</sup>, es posible afirmar que no existe un dolo de omitir en el sentido de conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo, es decir, en el sentido de los delitos de comisión; el dolo de la omisión presenta una propia estructura, por lo que procede designarlo como un *cuasi-dolo*. Este dolo de la omisión o cuasi-dolo requiere de dos elementos: primero, el conocimiento de la situación generadora del deber, y; segundo, el conocimiento de la posibilidad de realizar la acción (y, en su caso, de evitar el resultado) <sup>81</sup>.

#### IV. LA COAUTORÍA Y LOS DELITOS DE OMISIÓN

Al entrar al problema de la coautoría en los delitos de omisión, creo que nos encontramos en un terreno sumamente difícil y complicado, donde las opiniones son encontradas y muy diversas, sin que se pueda posible hablar de una opinión

---

<sup>78</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., p. 265.

<sup>79</sup> Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, cit., pp. 66 y ss., 110 y ss.; cfr. Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, cit., pp. 91 y ss.; el mismo, *Principios...*, cit., p. 265.

<sup>80</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., p. 265.

<sup>81</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., p. 265; con mayor detalle y extensión revisar, el mismo, *Delitos impropios de omisión*, cit., pp. 91-107.

dominante <sup>82</sup>, salvo que al tomar partido, consideremos que estamos ante la dirección de la doctrina dominante, sin que en realidad eso responda al verdadero estado de la cosas.

Encontramos dos grandes posiciones en la consideración del actuar omisivo y su relación con la coautoría: por un lado, tenemos a aquellos que responden en forma negativa la posibilidad de considerar la coautoría por omisión; por otra parte, se cuenta con aquellos que mantienen la posibilidad de recurrir a la figura de la coautoría en los delitos omisivos. Ambas posiciones son muy bien sustentadas, encontrándose en cada una de ellas, eminentes representantes de la doctrina alemana y la española; aunque es de mérito advertir que, actualmente, la doctrina dominante alemana se dirige a negar la posibilidad de la coautoría por omisión, lo cual no puede predicar de la doctrina española.

En forma inmediata expondremos estas dos tendencias dentro de la doctrina, así como las opiniones que respaldan una y otra con sus respectivos fundamentos; para posteriormente, tomar partido y dar mi opinión acerca de esta problemática.

#### **A. Tesis de no aceptación de la coautoría en los delitos de omisión**

La imposibilidad de aceptar la coautoría en los delitos de omisión es considerada por algunos como la doctrina dominante, lo cual puede ser muy probable en Alemania, pero en España no puede afirmarse sin más. Por ahora, me limitaré a exponer los argumentos en contra de la coautoría por omisión y su inviabilidad.

---

<sup>82</sup> En sentido contrario, Jaén Vallejo, Manuel, *Comentario a los artículos 12, 14 y 16 del Código Penal*, en *Código Penal Comentado*, Madrid, coordinado por Jacobo López de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos, 1990, p. 120.

Los fundamentos básicos de que se sirven quienes niegan la posibilidad de la coautoría por omisión, se reconducen al estudio y examen de los elementos esenciales de la coautoría. Este recurso inicial me parece esencial, y demostrará, partiendo de la misma coautoría, si ella es posible de aplicar en los delitos de omisión o no.

Tenemos claro, en forma general, que los dos elementos básicos de la coautoría lo constituyen la *resolución común de realizar el hecho* y la *realización del hecho en común* -identificados por parte de la teoría del dominio del hecho y sus seguidores, con alguno que otro matiz-. Ahora bien, dentro de estos elementos, encontramos como consecuencia de la decisión común de realización del hecho, el co-dominio del mismo, que se realiza por medio de la *división del trabajo*, dando lugar al dominio funcional o dominio de la configuración, según sea la posición que se siga -Roxin o Jakobs-. El tipo subjetivo de la omisión -propia o impropia, como se expuso- lleva inmersa la falta de exigencia de una *voluntad de realización*, impide que pueda hablarse de una *resolución común de realizar el hecho* <sup>83</sup>. En este sentido, una ausencia del acuerdo de voluntad en la realización del hecho hace inexistente el sentido de la *división del trabajo*. Por ello, resulta inadmisibile la coautoría en tales casos <sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Cfr. Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, cit., p. 173.

<sup>84</sup> Cfr. Armin Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, cit., p. 189; Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, cit., p. 173; el mismo, *Principios...*, cit., p. 268; Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 4ª. edic., 1994, p. 451; Jaén Vallejo, en *CPC*, cit., p. 120; un caso especial lo presenta Rodríguez Mourullo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966, p. 288, siguiendo la doctrina de Armin Kaufmann, acepta la imposibilidad de la coautoría en el delito de omisión de socorro, por la falta o ausencia de la «división del trabajo», cuando se trata de la omisión «simultánea» -que genera autoría en cada uno de los intervinientes-, mas no «conjunta» -como sería el caso de la coautoría-; el mismo, en *Comentarios al Código Penal*, t. I, artículos 1-22, Barcelona, 1972, p. 827, dirige su atención a la idea del «acto ejecutivo» y la redacción del derogado art. 14.1 CP de 1973 «tomar parte en la ejecución», matiza su posición y viene a aceptar, sin problema alguno, la coautoría por omisión, en aquellos casos en que se produce la intervención en un delito de comisión activa mediante un comportamiento omisivo. En términos generales, Rodríguez Mourullo admite la

Armin Kaufmann se inclina por la imposibilidad de una coautoría en los delitos de omisión, sobre la base de la no existencia de una *división del trabajo*<sup>85</sup>. En igual sentido, Bacigalupo considera que «la coautoría no es posible ya que, al no darse en los delitos de omisión un dolo en el sentido de los delitos de comisión, no es posible una "decisión común al hecho"»<sup>86</sup>. Jakobs opina que en la omisión del obligado en virtud de responsabilidad institucional nadie puede ser coautor. En efecto, «si decae la participación porque el propio partícipe está obligado institucionalmente u organiza en concepto de autor, se da autoría simultánea»<sup>87</sup>. En este caso, Jakobs dirige su atención hacia la autoría simultánea, dejando de lado la posibilidad de la coautoría.

Esta última solución, expuesta por Jakobs, acerca de identificar una autoría propiamente dicha en cada uno de los intervinientes, ya había sido tomada por el mismo Armin Kaufmann<sup>88</sup>, quien ejemplificaba en el caso de los nadadores: donde varios nadadores presencian inmóviles cómo se ahoga un niño, omiten todos ellos la salvación, pero no omiten «en común», resultando, ser cada uno, autor de la omisión. Siguiendo las ideas de Armin Kaufmann, los nadadores omiten ciertamente actuar como coautores -o sea, dejan de realizar algo que exigía su acción conjunta-, pero no

---

coautoría en los delitos impropios de omisión -comisión por omisión-, pero no en los delitos propios de omisión -omisión pura- (*La omisión...*, cit., p. 288; *Comentarios...*, t. I, cit., p. 827.

<sup>85</sup> Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, cit., p. 189.

<sup>86</sup> Bacigalupo, *Principios...*, cit., pp. 228, 268.

<sup>87</sup> Jakobs, *Derecho Penal...*, cit., p. 1030.

<sup>88</sup> Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, cit., p. 189.

omiten en coautoría. Esto se asemeja en mucho a lo que Cobo/Vives<sup>89</sup> han matenido al negar la coautoría en los delitos propios de omisión. No obstante, no explican el fundamento de su posición, y dejan abierta la posibilidad de la coautoría en los delitos improprios de omisión, aunque no se aclara por qué. En cambio, se niega la posibilidad, expuesta por algunos, de admitir la coautoría en aquellos casos en que la acción esperada hubiera debido realizarse conjuntamente por varias personas, y se replica que tal apreciación resulta incorrecta, Pues parece confundir la «omisión de la coautoría» con la «coautoría en la omisión».

En la misma línea, Bacigalupo considera que sería muy difícil comprender que alguien puede omitir solo una parte de la acción que se le exige, mientras otro omite el resto. Una parcialización de la omisión -del incumplimiento del deber- resulta, desde todo punto de vista, incompatible con un hecho que se caracteriza, precisamente, porque toda infracción del deber emergente de una posición de garante no admite subdivisión alguna<sup>90</sup>. Lo anterior conduce a la imposibilidad de una coautoría por omisión, donde, «el recurso a buscar en el "acuerdo" de los concurrentes (en este caso los obligados a actuar) una base para sostener una vinculación de las omisiones de cada omitente, en todo caso, solo podría dar por cumplido uno de los requisitos, pero no permitiría unificar en *una sola infracción de deber* a la que concurrirían las diversas "partes de la omisión" correspondientes a cada obligado»<sup>91</sup>.

Se ha pensado en la posibilidad, por algunos, de entender que existe coautoría en el caso de un autor que despliega una acción positiva y de otro que, siendo garante, omite. Esta proposición no es admitida por Roxin, ya que «esta solución

---

<sup>89</sup> Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1991, p. 577.

<sup>90</sup> Bacigalupo, *Delitos improprios de omisión*, cit., p. 173.

<sup>91</sup> Bacigalupo, *Delitos improprios de omisión*, cit., p. 173.

surge directamente de la esencia de la coautoría que solo puede fundamentarse o bien sobre la base de un dominio común (con división de trabajo) del hecho, o en una lesión común de un deber que, en todo caso, no existe»<sup>92</sup>.

Bacigalupo<sup>93</sup> considera, con razón, que quien omite no cuenta con el co-dominio del hecho, por lo cual, no puede llegar a ser coautor. Además, en el tema del autor que despliega una acción positiva mientras otro realiza una omisión, niega la posibilidad de la coautoría por omisión, aunque admite que en ciertos casos, la intervención omisiva pueda calificarse de simple participación. Como argumento de esto último dice que, «el omitir solo podrá considerarse como posible participación por omisión en el hecho positivo y, tratándose de una ayuda meramente síquica, como posible hecho positivo»<sup>94</sup>.

Esta posición de Bacigalupo, según la cual el omitente sería un simple partícipe (cómplice), es respaldada por seguidores de la teoría del dominio del hecho. En efecto, Gallas<sup>95</sup> y Jescheck<sup>96</sup>, estiman que quien omite se encuentra en una posición subordinada frente al autor activo, y que, por ello, carece del dominio del hecho. En opinión de Stratenwerth<sup>97</sup>, esta posición asumida por un sector de los defensores de la teoría del dominio del hecho es un «desacierto», ya que con ello, se viene a afirmar

---

<sup>92</sup> Roxin, *Täterschaft*, 2a. edic., 1967, p. 470.

<sup>93</sup> Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, cit., p. 174.

<sup>94</sup> Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, cit., p. 174.

<sup>95</sup> Cfr. Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlín, 1968, pp. 187 y ss.

<sup>96</sup> Cfr. Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 621.

<sup>97</sup> Cfr. Stratenwerth, *Derecho Penal...*, I, cit., p. 316.

la distinción de la autoría y la participación en la omisión, lo cual -según su punto de vista- no existe. Argumenta Stratenwerth que, «la participación activa requiere siempre un aporte al hecho. Una participación cometida por omisión tendría que consistir, de acuerdo con ello, en no intervenir para impedir el hecho de otro o la decisión de otro a cometer el hecho; es decir, en que la ejecución no resulta interceptada o, por lo menos, obstaculizada. Pero precisamente esta posibilidad de intervención de alguien que tiene el deber de actuar lo convierte, en principio, en *autor* [...] de la omisión. Aquí fracasan todos los intentos de distinguir la autoría de la participación en la omisión, según la importancia del aporte al hecho»<sup>98</sup>. Para Stratenwerth, el que quiera tener al que omite como cómplice, en un delito de comisión llevado a cabo con dominio del hecho, lo que hace es trasladar, indebidamente, el criterio del dominio del hecho a la omisión<sup>99</sup>. Concluye Stratenwerth que, el criterio del dominio del hecho se convierte en inútil, cuando el hecho principal constituye un delito de omisión: «la cuestión de quién dirige el suceso, pierde aquí todo sentido desde que nadie interviene en el desarrollo del suceso»<sup>100</sup>.

En definitiva, se puede decir, en términos generales, que sólo puede haber autor en sentido estricto en los delitos de omisión, denegándose la posibilidad de la coautoría<sup>101</sup>.

## **B. Tesis de admisión de la coautoría en los delitos de omisión**

---

<sup>98</sup> Stratenwerth, *Derecho Penal...*, I, cit., p. 318.

<sup>99</sup> Stratenwerth, *Derecho Penal...*, I, cit., p. 318.

<sup>100</sup> Stratenwerth, *Derecho Penal...*, I, cit., p. 318.

<sup>101</sup> Cfr. Bustos Ramírez, *Manual...*, cit., p. 452.

En el tema de la aceptación de la coautoría por omisión, se presentan dos situaciones, muy bien diferenciadas, en su estudio: por una parte, el caso de que la omisión en la evitación de un resultado contrariando un deber jurídico de actuar dirigido a varias personas conjuntamente; por otra, el caso de que uno de los intervinientes aporta una contribución al hecho mediante un hacer positivo, mientras que el otro, infringiendo un deber jurídico, se abstiene de impedirlo <sup>102</sup>. Es claro que en relación con estos grupos de casos se encuentran seguidores de la posibilidad de la coautoría por omisión, y de ahí la importancia de sus planteamientos.

### **1. Primer caso: La omisión en la evitación de un resultado contrariando un deber jurídico de actuar dirigido a varias personas conjuntamente**

Cuando nos encontramos ante la omisión en la evitación de un resultado contrariando un deber jurídico de actuar dirigido a varias personas conjuntamente, se acepta la posibilidad de la coautoría en el conjunto de los sujetos omitentes <sup>103</sup>. Por ejemplo: los dos padres que omiten conjuntamente la asistencia al recién nacido

---

<sup>102</sup> Cfr. Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Barcelona, trad. por Córdoba Roda, 1962, p. 345; Sauer, Guillermo, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, trad. por Juan del Rosal y José Cerezo, 1956, pp. 324-325; Stratenwerth, *Derecho Penal...*, I, cit., p. 316; Jescheck, *Tratado...*, cit., pp. 621-622; Córdoba Roda, Juan, *Notas al Tratado de Derecho Penal de Reinhart Maurach*, t. II, 1962, p. 345; Rodríguez Mourullo, *Comentarios...*, t I, cit., pp. 827-828; Arroyo de las Heras, Alfonso, *Manual de Derecho Penal. El delito*, Pamplona, 1985, pp. 724-725; Mir, *Derecho Penal...*, cit., p. 422; Silva Sánchez, en *CPC*, número 38, 1989, p. 389; Cuerda Riezu, Antonio, *Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, pp. 508-514.

<sup>103</sup> Cfr. Maurach, *Tratado...*, t. II, cit., p. 345; Stratenwerth, *Derecho Penal...* t. I, cit., p. 316, con alguna matización; Jescheck, *Tratado...*, cit., pp. 621-622; Mir, *Derecho Penal...*, cit., p. 422.

extramatrimonial <sup>104</sup>; o cuando los padres del niño gravemente enfermo que deciden no llamar al médico.

En este punto, Stratenwerth <sup>105</sup> hace una matización interesante, considera que en el caso de que varias personas, y respondan con respecto al mismo bien jurídico o la misma fuente de peligro, de común acuerdo omitan intervenir, carece de significación la coautoría, ya que cada uno de ellos le asiste el deber de evitar el resultado por sí mismo -por ejemplo: el citado caso del niño enfermo que su padres deciden no llamar al médico-. Para Stratenwerth <sup>106</sup>, situación distinta se presenta, si la posibilidad de intervención presupone un obrar conjunto -por ejemplo: cuando alguien queda encerrado en el recinto del tesoro por descuido y éste solamente puede ser abierto por dos personas que tienen las diferentes llaves necesarias no hay otra-. En tal situación, puede ser razonable -si los obligados se ponen de acuerdo para abrir las puertas al día siguiente para permitir la salida del sujeto retenido- tomar en cuenta la omisión en común, en vez de considerar que cada uno de ellos hubiera debido actuar para mover al otro a una intervención. De todas forma, considera Stratenwerth que no hay problema alguno para negar la coautoría en estos casos de omisión <sup>107</sup>.

Jescheck considera que en estos casos de actuación conjunta omisiva, no es necesario darse la imputación recíproca de las contribuciones al hecho, característica de la coautoría, debido a que cada uno de los autores por omisión es ya responsable como garante por todo el resultado <sup>108</sup>. Jescheck, en sentido algo parecido a

---

<sup>104</sup> **RG** 66, 71 [74].

<sup>105</sup> Stratenwerth, *Derecho Penal...*, t. I, cit., p. 316.

<sup>106</sup> Stratenwerth, *Derecho Penal...*, t. I, cit., p. 316.

<sup>107</sup> Stratenwerth, *Derecho Penal...*, t. I, cit., p. 316.

<sup>108</sup> Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 622.

Stratenwerth, dice que «sólo concurre el supuesto genuino de la coautoría cuando el deber común únicamente puede ser cumplido de modo conjunto», y cita como ejemplo el de la declaración del impuesto sobre los ingresos de una unidad familiar <sup>109</sup>. Dentro de la sistemática particular de circunstancias que se pueden presentar, Jescheck expone que a pesar de faltar el deber conjunto, puede existir coautoría, en el caso de que varios obligados a actuar en la misma situación típica, deciden en común permanecer inactivos, así cuando diversas personas implicadas en un accidente, que han ingresado a un herido en un hospital, se ponen de acuerdo para no presentarse <sup>110</sup>.

Para Rodríguez Mourullo <sup>111</sup>, cuando estamos ante la delitos que él llama de omisión -propios de omisión-, no es posible hablar de coautoría. Siguiendo a Armin Kaufmann, reconoce la imposibilidad de la coautoría en el delito de omisión de socorro, por la falta o ausencia de la «división del trabajo». Ello sucede cuando estamos ante la omisión «simultánea», que genera autoría en cada uno de los intervinientes, aunque no «conjunta» -donde si se encuentra la coautoría-.

## **2. Segundo caso: La intervención en un delito de comisión activa mediante un comportamiento omisivo**

Dentro del caso de la intervención en un delito de comisión activa mediante un comportamiento omisivo, se encuentran autores que aceptan la

---

<sup>109</sup> Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 622.

<sup>110</sup> Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 622.

<sup>111</sup> Cfr. Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, cit., p. 288; el mismo, *Comentarios...*, t. I, cit., p. 827, en especial la cita número 6.

existencia de la coautoría <sup>112</sup>, y otros que, en lugar de la coautoría, admiten solamente la posibilidad de calificar como participación -cooperación necesaria <sup>113</sup> o complicidad <sup>114</sup> - tal aportación.

Junto a lo expuesto, existen otros autores, que niegan la posibilidad de la coautoría por omisión, pues se trata de verdaderos autores individuales, donde cada uno responde de su propia actuación con independencia de los demás <sup>115</sup>.

Según Jescheck, se debe considerar al sujeto omitente como cómplice, debido a la posición de subordinación que guarda frente al autor activo. Ello responde, en su opinión, de mejor manera a la teoría del dominio del hecho <sup>116</sup>. Como ya se expuso líneas atrás <sup>117</sup>, Stratenwerth <sup>118</sup> considera este criterio erróneo, ya que en realidad aquí nos encontramos ante un verdadero autor -el sujeto omitente- y no un simple partícipe.

---

<sup>112</sup> Cfr. Maurach, *Tratado...*, t. II, cit., p. 345; Rodríguez Mourullo, *Comentarios...* t. I, cit., p. 827, en especial cita número 6; Arroyo de las Heras, *Manual...*, cit., p. 724, admite la coautoría en los delitos de comisión por omisión, «cuando de hechos punibles de esta naturaleza se trate -delitos de comisión por omisión-, no hay obstáculo alguno, no doctrinal ni legal, que impida la admisión del concurso omisivo, siempre, naturalmente, que concurren los demás requisitos para la existencia de la participación en general se precisan»; Silva Sánchez, en *CPC*, número 38, 1989, pp. 388 y ss., reduce la posibilidad de la coautoría por omisión en algunos casos.

<sup>113</sup> Cfr. Mir, *Derecho Penal...*, cit., p. 422.

<sup>114</sup> Cfr. Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 621.

<sup>115</sup> Cfr. por todos, Stratenwerth, *Derecho Penal...*, I, cit., p. 316.

<sup>116</sup> Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 621.

<sup>117</sup> Vid. *supra*, A.

<sup>118</sup> Stratenwerth, *Derecho Penal...*, I, cit., p. 316.

Por su parte, Rodríguez Mourullo <sup>119</sup> acepta, sin problema alguno, la coautoría por omisión, en aquellos casos en que se produce la intervención en un delito de comisión activa mediante un comportamiento omisivo, propiamente, en los delitos que él identifica bajo el nombre de comisión por omisión.

## V. TOMA DE POSICIÓN

Luego de estudiar las dos principales posiciones, acerca de la coautoría por omisión, unas, negando esa posibilidad y, otras, aceptándola; consideramos que es momento para precisar un poco nuestra posición y exponer nuestro criterio sobre el problema expuesto.

Como se ha dicho a lo largo de la investigación, hemos tomado partido por la teoría del dominio del hecho y, partiendo de la misma, hemos enfrentado una serie de problemas y circunstancias controvertidas en el tema de la coautoría. Ahora bien, siendo coherente con nuestra parcialidad hacia el dominio del hecho, debemos decir que, al tratarse los delitos de omisión -propio o impropios-, delitos de infracción del deber específico, los criterios del dominio del hecho se convierten en inaplicables para los mismos. Hay que recurrir a otros medios para precisar la responsabilidad de los intervinientes en el hecho. Ante este panorama, se ha podido demostrar que el criterio esencial a seguir para esclarecer la participación en los delitos de omisión, viene dada, indiscutiblemente, por la mencionada *infracción del deber*.

La figura de la coautoría requiere, como se ha expuesto, dos elementos esenciales; por una parte la *resolución común de realizar el hecho* y, por otra la *realización en común del hecho*. En el entramado de la concreción de la voluntad

---

<sup>119</sup> Rodríguez Mourullo, *Comentarios...*, t. I, cit., p. 827, en especial cita número 6.

común e ideación del plan general para la realización, se cuenta con la necesaria *división del trabajo*, la cual permite apreciar el elemento identificador de la coautoría, el *co-dominio del hecho*. Partiendo de este esquema, resulta claro que la generación de un proceder omisivo, como podría ser, en el caso de omisión simultánea -aunque no «conjunta»- de varios sujetos hacia los cuales se dirige la obligación de evitación de un resultado, no podrá generar más que individuales autorías de los intervinientes -autorías paralelas o accesorias-, sin posibilidad de admitir, en forma alguna, la coautoría. La omisión no da más que para pensar en la autoría. Sólo en algunos casos, podría admitirse la figura de la participación -complicidad- por omisión en hecho comisivo -positivo-, pero no la coautoría. En este sentido, sería posible la intervención en un delito de comisión activa mediante un comportamiento omisivo, siempre que se trate de una figura de participación *strictu sensu*.

## BIBLIOGRAFÍA

**Arroyo de las Heras**, Alfonso, *Manual de Derecho Penal. El delito*, Pamplona, 1985.

**Bacigalupo Zapater**, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Bogotá, 2ª. edic., 1983, pp. 72 y ss.

- *Lineamientos de la teoría del delito.*, Buenos Aires, 2ª. edic., 1986.

- *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2ª. edic., 1990

**Bustos Ramírez**, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 4ª. edic., 1994.

**Cobo del Rosal**, Manuel/**Vives Antón**, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1991.

**Córdoba Roda**, Juan, *Notas al Tratado de Derecho Penal de Reinhart Maurach*, t. II, 1962.

**Cuerda Riezu**, Antonio, *Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, pp. 281-303.

**Gallas**, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlín, 1968.

**Gómez Benítez**, José Manuel, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, pp. 103-131.

**Jaén Vallejo**, Manuel, *Comentario a los artículos 12, 14 y 16 del Código Penal*, en *Código Penal Comentado*, Madrid, coordinado por Jacobo López de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos, 1990.

**Jakobs**, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, trad. Por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 1995.

**Jescheck**, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, 4ª. edic., trad. Por José Luis Manzanares Samaniego, 1993.

**Kaufmann**, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959.

**Maurach**, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Barcelona, trad. por Córdoba Roda, 1962.

**Mir Puig**, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, 3ª. edic., 1990.

**Rodríguez Mourullo**, Gonzalo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966.

-en; Córdoba Roda, Juan/Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, artículos 1-22, Barcelona, 1972.

**Roxin**, Claus, *Sobre la autoría y participación en el Derecho penal*, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, pp. 55-70.

- *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, trad. Por Diego-Manuel Luzón Peña, 1976, pp. 149-180.

- *Täterschaft und Tatherrschaft*, 3a. edic., 1975.

**Sauer**, Guillermo, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, trad. por Juan del Rosal y José Cerezo, 1956.

**Silva Sánchez**, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.

- *Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario*, en *Cuadernos de Política Criminal*, número 38, 1989, pp. 367-404.

**Stratenwerth**, Günther, *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*, Madrid, trad. de la 2ª. edic. alemana (1976) por Gladys Romero, 1982.