

Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24 de noviembre de 2016 de Colombia

Criminal liability omissive of hierarchical superiors in the Final Agreement for ending the conflict and building a stable and lasting peace of 24 November 2016 of Colombia

GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS¹

Resumen:

El texto inicia con un análisis sobre la forma en la que el Acuerdo final con las FARC-EP trata la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos, evidenciando las similitudes y diferencias plasmadas en el mismo con el Estatuto de Roma. Acto seguido, da unas propuestas para los casos *sui generis*, donde se cumplió con uno de los requisitos para la exoneración de la responsabilidad penal pero hubo ausencia de otro o su cumplimiento fue dudoso; finalmente, y a modo de conclusión, son pertinentes algunas teorías y discusiones doctrinales interesantes para resolver los interrogantes que surgen para estos casos difíciles.

Abstract:

The text begins with an analysis about the way that the Final Agreement with the FARC-EP addresses the criminal liability of the hierarchical superiors, making clear the similarities and differences that are expressed in the Rome Statute. Immediately thereafter, the author gives some proposals to the *sui generis* cases, where one of the requirements for criminal liability exoneration was accomplished but there was

1 Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Jaén, España.

an absence of another one of them or its observance was dubious; finally, and as conclusion, some theories and interesting doctrinal discussions are relevant to resolve the unanswered questions that appear in these hard cases.

Palabras clave:

Responsabilidad penal, Acuerdo final, jerarquía militar y no militar, omisión propia, Derecho Internacional Humanitario, posición de garante.

Key words:

Penal liability, Final Agreement, military and non-military hierarchy, proper omission, International Humanitarian Law, guarantor's position.

Sumario

1. Responsabilidad omisiva de superiores jerárquicos militares y no militares en el Acuerdo final. 2. Responsabilidad omisiva de superiores jerárquicos militares y no militares en el artículo 28 del Estatuto de Roma. 3. Propuestas alternativas para la responsabilidad omisiva del mando respecto a la conducta del subordinado: omisión *sui generis*, omisión propia o participación por omisión de garante. 4. Responsabilidad por omisión del mando ante un resultado no evitado o dificultado y teorías sobre la participación por omisión. 4.1. Teoría que no admite la participación omisiva: el garante es siempre autor del resultado que no impide o no dificulta. 4.2. Admisión excepcional de la posición de garante. 4.3. Planteamientos que defienden la posibilidad de participación omisiva en delitos comisivos. a. La participación por omisión de garante. b. La autoría o participación del garante omitente depende del hecho de ostentar una posición de protección o una posición de control. c. Infracción de un deber especial y equivalencia "valorativa" entre la participación por omisión de garante y la participación comisiva. 5. Responsabilidad por omisión propia del mando ante el delito no perseguido.

1. Responsabilidad omisiva de superiores jerárquicos militares y no militares en el Acuerdo final

Este estudio se centra únicamente en la responsabilidad del mando por conductas delictivas de los inferiores jerárquicos bajo su vigilancia².

2 Si bien el Tratado hace referencia a la responsabilidad de la Fuerza Pública en diferentes apartados, incluso algunos preceptos ya adelantan un sistema procesal diverso para los agentes del Estado. De hecho, el número 44 del apartado 5.1.2. Justicia, comienza con un inquietante "... respecto a los

Si alguna conclusión puede extraerse de la lectura del Acuerdo final, es que no fundamenta la responsabilidad omisiva del superior en criterios de responsabilidad objetiva, esto es, en la mera infracción del deber. Por el contrario, se afirma que en ningún caso podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. Esto último se confirma cuando se defiende que la responsabilidad de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes (número 44 del apartado 5.1.2. Justicia. Jurisdicción Especial para la paz. I. Principios básicos del componente de justicia del sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición (SIVJRNR)).

Idéntico argumento se emplea cuando se habla de la responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados. En estos casos, el Tratado vuelve a insistir en que no podrá “fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía sino en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes” (número 59 del apartado 5.1.2. Justicia (SIVJRNR)).

La única diferencia en materia de imputación de la responsabilidad omisiva respecto a los mandos de las FARC-EP descansa en que el Tratado realiza una interpretación auténtica sobre cómo debe descifrarse el control efectivo de la respectiva conducta, entendiéndolo como la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el Derecho Internacional. Es

agentes del Estado, se establece un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho Internacional Humanitario”. Posteriormente se reafirma: “El componente de Justicia también se aplicará respecto de los agentes del Estado que hubieren cometido delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de éste, aplicación que se hará de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico”. ¿En qué consistirá ese trato especial y diferenciado? Lo único que sabe por el momento es que ese método “especial” valorará lo establecido en las reglas operacionales de la Fuerza Pública con relación al Derecho Internacional Humanitario (DIH). Sin embargo, respecto a la responsabilidad de los integrantes de las FARC-EP, el Tratado (apartado 5.1.2. Justicia, n° 59) sostiene que, junto al DIH se tendrá en cuenta como referente jurídico el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal.

¿Tiene sentido que el contenido de la responsabilidad de los agentes del Estado y los miembros de las FARC-EP descansen en bases jurídicas distintas? ¿Es ese el tratamiento diverso que se anuncia? ¿Puede llegar a resultar menos estricto que el previsto para los no militares? Es de desear que pronto se resuelva tal incógnita.

decir, la responsabilidad no deriva de la infracción del deber de control sino que se asienta en la posición de escolta de la conducta del subordinado y el conocimiento y posibilidad real de evitación.

Si comparamos ambos números -44 y 59-, se desprende que mientras el DIH es la única base jurídica que nos permite interpretar cuál es la responsabilidad por omisión de los mandos de la Fuerza Pública, el referente jurídico para las FARC-EP, junto al Derecho Internacional Humanitario, es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal.

Por lo demás, la estructura de la imputación en ambos casos es idéntica, tanto para conductas ilícitas futuras como pasadas: "... el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir".

En el caso de conductas ilícitas ya realizadas, es decir, "de haber ocurrido" el comportamiento delictivo del subordinado, se sanciona la omisión consistente en no promover las investigaciones procedentes para las Fuerzas Públicas y la omisión de "adoptar las decisiones correspondientes" para las FARC-EP.

En resumen, las diferentes conductas descritas en el Tratado que exigen una solución penal son las siguientes:

- A. Falta de control efectivo por el mando de la conducta del subordinado en relación con la ejecución del delito cuando se disponía de un conocimiento previo o simultáneo del mismo. Supuesto que debe analizarse con arreglo al DIH y, en consecuencia, valorando lo dispuesto en el artículo 28 de CPI.
- B. Ausencia de reacción del superior frente a la conducta ilícita ya realizada por el subordinado. Bien por no haber promovido las investigaciones procedentes –Fuerza Pública- o no "adoptar las decisiones correspondientes" –FARC-EP-.

Estamos ante dos situaciones diferentes que exigen una respuesta dogmática distinta: la primera, cuando el superior conoce, tiene la información imprescindible sobre la conducta que pretende ejecutar el subordinado y no la impide, pudiendo hacerlo. La otra, cuando tiene conocimiento de la conducta ilícita consumada y no adopta las medidas adecuadas para perseguirla o denunciarla.

En el primero de los casos nos hallamos ante una participación por omisión de un garante en un hecho ajeno, en el que el subordinado sería el autor material doloso. Si esta omisión del superior se regulara en un tipo autónomo del código penal habría que considerarlo entonces como un supuesto de omisión de garante y resultado en el que el superior siempre sería autor. El segundo caso describe una omisión propia:

no denunciar o promover la persecución del comportamiento ilícito o no sancionar tales conductas delictivas.

2. Responsabilidad omisiva de superiores jerárquicos militares y no militares en el artículo 28 del Estatuto de Roma

En todo caso, en la resolución de los dos supuestos citados hay que recurrir, como dice el Acuerdo final, al artículo 28 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional que habla de la responsabilidad de los jefes y otros superiores.

Este precepto dice:

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Son varias las situaciones previstas en el artículo 28:

1. Apartado a) i).

Se trata de una omisión *sui generis* puesto que, de no estar tipificada expresamente, sería un supuesto de participación por omisión de garante: falta de control por parte del jefe militar cuando conocía, o hubiera debido conocer, y podía evitar o dificultar la comisión del delito cometido por fuerzas bajo su mando (fuente de peligro)³. Sin embargo, al sistematizarse legalmente una posición de garante quebrantada por la falta de control de la fuente de peligro y un resultado delictivo, es innecesario recurrir a una cláusula general sobre la omisión impropia.

El inconveniente de la solución adoptada por el artículo 28 del Estatuto de Roma es que, al convertir automáticamente en autor al superior omitente, no respeta la equivalencia estructural entre el modelo activo de participación y el omisivo. Si el legislador colombiano optase, no por un precepto como el artículo 28 o las fórmulas sustentadas en Alemania y España⁴ sino, por el contrario, manejara la cláusula del

3 AMBOS, KAI, "La responsabilidad del superior en Derecho penal internacional" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, Vol. LII, pp. 527 y 528, califica de omisión propia el supuesto en el que hay posición de mando y control por parte del superior, pudiendo además impedir el delito de los subordinados y un delito de peligro cuando el superior debió tener conocimiento de tales delitos o los ignoró de modo consciente.

De modo similar, FARALDO CABANA, PATRICIA, estima este apartado como de omisión y resultado, descartando que se trate de un "delito de comisión por omisión" y una omisión pura del deber de impedir la comisión de delitos. Cfr. "La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código penal español", en *Anitua, G. I.*, Buenos Aires, 2012, pp 67 y ss.

4 En Alemania, el Código Penal Internacional – *Völkerstrafgesetzbuch*- de 26 de junio de 2002 reguló expresamente algunos de los comportamientos de los que estamos hablando en este trabajo. En el párrafo § 4 se prevé la Responsabilidad de los jefes y otros superiores. El apartado primero trata la inactividad del superior como una omisión *sui generis* y convierte en autor al militar o superior que no impide la comisión de un delito del subordinado sin que pueda recurrirse a la cláusula general de la comisión por omisión del párrafo 13 del StGB: "Un jefe militar o un superior civil que omite impedir a sus inferiores cometer un hecho descrito en esta Ley será castigado como autor del hecho cometido por el inferior. En estos casos no es de aplicación el § 13 párrafo 2 del Código penal". Por su parte, el apartado segundo establece una equivalencia entre el jefe militar y el superior civil: "Se equipara al jefe militar la persona que en un grupo armado ejerza objetivamente el poder de mando o autoridad y el control. Se equipara al superior civil quien en una organización civil o empresa ejerza objetivamente la autoridad y el control. En opinión de Thomas Weigend, este tipo penal constituiría solo en principio un caso de omisión propia, en el que el delito cometido por los subordinados sería una condición objetiva de la punibilidad. En realidad, de acuerdo con este autor, se trataría de un caso de omisión impropia, ya que la punibilidad no se fundamenta únicamente en el no actuar del superior sino en el delito cometido por los subordinados, el cual se debe poder explicar por la falta de vigilancia y debe haber sido previsible. Cfr. WEIGEND, THOMAS, *Strafgesetzbuch*, München, Beck, 2013, p. 1368.

De otro lado, el párrafo 13 del *Völkerstrafgesetzbuch*, sanciona la infracción del deber de vigilancia. En el apartado primero como delito de omisión propia dolosa o imprudente: "El jefe militar que omite dolosa o imprudentemente controlar como es debido a un subordinado bajo su mando o control efectivo, será castigado por infracción del deber de vigilancia cuando el inferior cometa un hecho descrito en esta ley

artículo 25 CPC, entonces, como expodré más adelante, sí sería factible la construcción de una teoría de la participación omisiva del superior⁵.

Retornando a las conductas descritas en el artículo 28 y a la intencionalidad del omitente, se plantean dos situaciones distintas: por un lado, una responsabilidad por

cuya inminencia era cognoscible para el jefe y hubiera podido evitarlo. A su vez, el apartado segundo prevé la misma conducta omisiva del superior civil "El superior civil que omite dolosa o imprudentemente controlar como es debido a un subordinado bajo su autoridad o control efectivo, será castigado por infracción del deber de vigilancia cuando el inferior cometa un hecho descrito en esta ley cuya inminencia era cognoscible sin más para el superior y hubiera podido evitarlo. En ambos casos, "La infracción dolosa del deber de vigilancia será castigada con la pena de privación de libertad de hasta cinco años, la infracción imprudente del deber de vigilancia será castigada con la pena de privación de libertad de hasta tres años". Ahora bien, si como consecuencia de la ausencia de control se comete el delito, se aplica exclusivamente el parágrafo 4. Finalmente, el parágrafo 14 sanciona otra omisión propia, la omisión de la comunicación de un delito : "El jefe militar o el superior civil que omite poner un hecho descrito en esta Ley de inmediato en conocimiento del cargo competente para la investigación o persecución de tales hechos será castigado con la pena de privación de libertad de hasta tres años".

Por su parte, el Código penal español recoge en el artículo 615 bis conductas similares.

1. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores.

2. Si la conducta anterior se realizara por imprudencia grave, la pena será la inferior en uno o dos grados.

3. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores. Omisión propia.

4. El superior no comprendido en los apartados anteriores que, en el ámbito de su competencia, no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus subordinados de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título será castigado con la misma pena que los autores. Omisión y resultado. Equivalencia con militares.

5. El superior que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por sus subordinados será castigado con la pena inferior en dos grados a la de los autores. Omisión propia.

6. El funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos de los comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título de que tenga noticia será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años. Omisión propia.

El apartado 1º del 615 bis, regula un delito de omisión de garante y resultado por lo que no puede recurrirse a la cláusula de garante del artículo 11 el Cp. Se sanciona tanto la modalidad dolosa como la imprudente. A su vez, el apartado 3º recoge una omisión propia por no perseguir los delitos cometidos. El apartado 4º y 5º sancionan conductas omisivas como las anteriores cuando se trata de superiores no militares. Finalmente, se sanciona a funcionarios que no persiguen esa clase de delitos.

5 Tesis compartida por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, Bogotá, Temis, 2010, p. 428. En sentido opuesto se manifiesta, FARALDO CABANA, PATRICIA, Cfr. "La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código penal español", cit, pp. 67-94. Más detalladamente en FARALDO CABANA, PATRICIA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; AMBOS, KAI, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Duncker and Humblot, Berlin, 2002, pp. 547-548.

omisión en los supuestos en los que no se ejercita el control adecuado de modo doloso, esto es, el superior conoce, antes de que se realice o simultáneamente, la conducta delictiva que se va a realizar o que se está llevando a cabo y no desea impedirlo. En tal escenario, el dolo comprende, por un lado, la infracción del deber de garante que posee como superior encargado actualmente del control de las fuerzas que están a sus órdenes y, por otro, el delito que va a cometer el subordinado.

Junto a la omisión dolosa, el artículo 28 también prevé la conducta del superior que sin saber que se está cometiendo el delito pero contando con la información necesaria para poder llegar a saberlo (imprudencia consciente -“*recklessness*”-, e inconsciente -“*negligence*”-), no lo impide⁶. Sin embargo, esta prescripción del Derecho internacional es contraria al principio de culpabilidad pues atribuye al mando la cualidad de autor imprudente en el hecho doloso de un tercero, algo que sólo es factible si se transforma en omisión propia un supuesto de participación por omisión de garante. Evidentemente esto sería inadmisibles de aplicarse la cláusula general de comisión por omisión ya que junto al coautor o partícipe por omisión doloso que conoce la conducta delictiva que se va a cometer y colabora simultáneamente en el hecho ajeno no evitando o dificultando el resultado, difícilmente puede sancionarse como participación punible la omisión de aplicar una medida de control que ha permitido que el foco de peligro superara el riesgo permitido y causado el resultado⁷.

A pesar de la previsión de esa modalidad imprudente, salvo que se tipifique

6 COTE-BARCO, GUSTAVO EMILIO, compara la expresión “hubiere debido saber” del artículo 28 (a) (i) con el “deliberadamente hubiere hecho caso omiso” del artículo 28 (b) (i) concluyendo que la expresión “hubiere debido saber” del artículo 28 (a) (i) del *knowledge* corresponde al estándar de negligencia equivalente a la culpa consciente, al conocer o ser consciente de un riesgo injustificado mientras que la frase “deliberadamente hubiere hecho caso omiso” estaría más cercana a *recklessness*. Cfr. “Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la Fuerza Pública en Colombia: ¿convergencia entre el Derecho penal nacional e internacional?” en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá 49-112, 2016, pp. 70-72.

7 Cuestiona AMBOS, KAI, en “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, 2005, pp. 07-12 la contradicción valorativa que supone responsabilizar al superior “como autor de crímenes dolosos (de los subordinados) sobre la base de una negligencia (desconocimiento culposo)”. En esa dirección, señala Ambos, en caso de desconocimiento culposo no se le pueden imputar por autoría los crímenes base dolosos sino únicamente penarlo por un delito independiente-cometido de forma dolosa o culposa-que consiste en haber infringido un deber de vigilancia o en no haber denunciado los hechos. Pero como en estos casos no sólo se trata de una responsabilidad por autoría sino “tan sólo” por participación del superior, se debe imponer -para rendirle cuenta al principio de culpabilidad-una pena considerablemente menor(en relación a su cuota de responsabilidad) por el hecho de haber tenido conocimiento de los crímenes base y no haberlos impedido. Esta solución diferenciada se basa por una parte en el § 4 del VStGB y por la otra en los §§ 13, 14 del VStGB, teniendo en cuenta que la no denuncia culposa de un hecho punible no está comprendida dentro del § 14 del VStGB (que en esta medida queda detrás del art. 28).

expresamente un tipo autónomo (caso de España en el apartado 1º del art. 615 bis), la ausencia imprudente de control por parte del superior en delitos de la gravedad de los previstos en Estatuto de Roma no suele sancionarse. Hay que recordar que la mayoría de las legislaciones internas no prevén la modalidad imprudente de esa clase de delitos: torturas, crímenes de guerra, desapariciones forzadas. En consecuencia, en tales contextos, salvo que se genere esa figura *ad hoc*, la falta de control imprudente del superior quedaría impune. Pero cuidado, como recuerda Faraldo Cabana, no hay que confundir esta participación imprudente con la ignorancia deliberada en la que no hay ninguna clase de error ni de imprudencia. Así, como dice esta autora, “se han de equiparar los casos de ignorancia deliberada al dolo. Éste sería el caso de quien estando en condiciones de conocer algo opta por no hacerlo, prefiriendo ignorar el verdadero alcance y contenido de su decisión”⁸.

2. Apartado a) ii).

El artículo 28 también regula la no prevención y la no represión o denuncia por parte del superior de los delitos cometidos por subordinados. Estas omisiones equivalen a supuestos de omisión propia, en los que lo que se sanciona es la mera omisión respecto a las medidas a adoptar sin que el resultado dependa de la ausencia de comportamiento del superior. En tales casos no se castiga la modalidad imprudente.

3. Superiores no militares.

Apartado b) i).

Nuevamente se trata una omisión *sui generis* en la que el superior —no militar— no ejerce un control apropiado sobre los subordinados, tolerando las conductas delictivas que lesionan bienes jurídicos cuya protección le incumbía. Ahora bien, a diferencia de los mandos militares en los que se castiga tanto la modalidad dolosa como la imprudente, en los no militares únicamente se prevé el dolo directo y eventual, sin sancionarse aquéllos supuestos en los que los superiores hubieran debido saber que se estaban ejecutando o a punto de ejecutar los delitos.

En cuanto al apartado b) iii) se refiere a omisiones propias equivalentes a las del apartado a) ii).

8 FARALDO CABANA, PATRICIA, “La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código penal español”, cit, pp. 67-94.

3. Propuestas alternativas para la responsabilidad omisiva del mando respecto a la conducta del subordinado: omisión *sui generis*, omisión propia o participación por omisión de garante

La interrogante que se plantea tras el Acuerdo final es si se va a crear un tipo autónomo de omisión *sui generis* para los casos de ausencia de control del superior jerárquico y no evitación del resultado, por un lado, y, por otro, omisiones propias cuando no se reprima o denuncie las conductas delictivas, tal como las prevé el artículo 28 de la CPI. La otra opción es el recurso a la cláusula del art. 25 del CPC sobre posición de garante que hace factible la estructura de la participación por omisión.

La primera alternativa cuenta con el inconveniente, ya expuesto, de que si se convierte la participación por omisión de garante en un tipo de omisión "propia", indicando cuál es la posición de garante y la posibilidad real de evitar el resultado, cualquier omisión del superior que reúna tales características derivará en autoría, descartándose automáticamente la complicidad omisiva. Sin embargo, de no tipificarse ese delito habría que acudir al artículo 25 del CPC⁹, y entonces el legislador colombiano debe decidir en torno a la posible graduación de la responsabilidad del superior jerárquico.

La cuestión a debatir es si con arreglo a este artículo 25 es posible distinguir entre coautoría y participación por omisión de garante, una vez demostrada la ausencia de un control efectivo por parte del superior jerárquico sobre la conducta delictiva del subordinado, cuando se ha asumido previamente ese control de la fuente de peligro y se ostenta el deber legal de realizarlo y la posibilidad de impedirlo. Es decir, si es o no factible hablar de una absoluta equivalencia "valorativa" entre la participación activa y

9 En primer lugar, hay que decir que el artículo 25 del CPC obedece a la asunción de las teorías materiales de la comisión por omisión y dice lo siguiente:

"La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo.

Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexual".

la omisiva de garante; si la participación activa suele graduarse en función de la calidad de la aportación, del bien proporcionado por el partícipe, ¿qué es lo que impide graduar la participación por omisión del garante?

Cuando el artículo 25 dice: “quién tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal”, no está imponiendo automática y necesariamente la pena en grado de autoría sino que deja la puerta abierta a una participación diferente de la coautoría si “omite” como partícipe. Sobre este asunto es cierto que existe una falta de consenso –doctrinal y jurisprudencial- en torno a la responsabilidad penal de la persona que, siendo garante, no impide o dificulta la acción de un tercero que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. Lo que hay que determinar es, en definitiva, si la participación omisiva del que no impide (teniendo un especial deber de hacerlo) que se produzca un resultado da lugar a un delito de omisión propia o impropia y, en este último supuesto, si el omitente responde como autor o partícipe.

4. Responsabilidad por omisión del mando ante un resultado no evitado o dificultado y teorías sobre la participación por omisión

4.1. Teoría que no admite la participación omisiva: el garante es siempre autor del resultado que no impide o no dificulta

Basándose en la teoría de la infracción de un deber, no se consiente la posibilidad de la participación del garante omitente que, con una hipotética acción, hubiera podido dificultar el hecho principal del autor¹⁰. Al interpretar que los delitos omisivos se caracterizan por la infracción de un deber, todo el que infringe los especiales elementos de la autoría es autor del tipo no impedido y sólo autor de una omisión propia cuando no infrinja tal deber¹¹.

10 GRÜNWALD, GERALD, “Die Beteiligung durch Unterlassen”, *GA*, 1959, 118 nota 21; del mismo, *Das unechte Unterlassungsdelikt*. Diss., 1956, p.115; KAUFMANN, ARMIN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Deutschland, Göttingen, 1959, p.293; ROXIN, CLAUDIUS, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin, 1984, p.489; del mismo, en *LK*, parág.27, 27; SCHMIDHÄUSER, EBERHARD, *Strafrecht: Allgemeiner Teil (Lehrbuch)*, Tübingen, Aufl, 1975, pp.709 y ss; del mismo, *Strafrecht, AT, Studienbuch*, 1982, p.427; CRAMER, PETER, en SCHÖNKE, ADOLF/SCHRÖDER, HORST /CRAMER, PETER, *Strafgesetzbuch: StGB*, n.90-95, München, Beck, 1982, parág.27; SCHÖNKE, ADOLF/SCHRÖDER, HORST /CRAMER, PETER, *Strafgesetzbuch: StGB*, cit, previo al parágrafo 25; SAMSON, ERICH, *Hypothetische Kausalverläufe Im Strafrecht*, Universität, Habil, Frankfurt am Main, 1972, pp.58 y ss; del mismo, en *Strafrecht I*, Frankfurt a Main, Aufl, 1985, pp.27.5 y ss; BUSSE, KLAUS-HENNING, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Göttingen, Diss, 1974, pp.110 y ss.

11 GRÜNWALD, GERALD, “Die Beteiligung durch Unterlassen”, *GA*, 1959, 1959, pp.110 y ss; KAUFMANN, ARMIN,

4.2. Admisión excepcional de la posición de garante

Retomando Roxin la tesis de A. Kaufman, señala que el garante es siempre autor ya que tiene el deber de evitar el resultado, al margen de cuál sea la fuente de la posición de garante y si un tercero actúa con dominio del hecho¹². Los delitos omisivos no están sujetos a la teoría del dominio del hecho y se identifican como delitos de infracción del deber, por ello, cada lesión del deber de evitar el resultado conduce a la autoría omisiva¹³.

En esta concepción, sólo es factible la cooperación necesaria y la complicidad cuando la omisión se debe a un sujeto no garante en un delito de comisión doloso¹⁴. Ahora bien, el garante siempre será autor, salvo en dos ocasiones: en el supuesto en el que el tipo penal exija especiales elementos de autoría que no reúne el omitente (como ya advirtiera A. Kaufmann)-; en estos casos, sólo cabe la responsabilidad penal como partícipe en comisión por omisión del delito cometido¹⁵.

Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen, 1959, pp. 291 y ss. Una línea jurisprudencial viene aplicando la autoría en supuestos de garantes omitentes (STS de 26/06/2000 (2-4497, TOL272.745).

- 12 Esta tesis tiene su origen en la conocida construcción consistente en que la teoría del dominio del hecho no puede extenderse a todos los delitos, ya que en aquéllos caracterizados por la infracción de un deber -delitos culposos, delitos omisivos-, el dominio del hecho no constituye propiamente un criterio guía para la determinación de la autoría. Cfr. ROXIN, CLAUDIUS, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª ed., Madrid, 2000, pp 516 y ss.
- 13 BLOY, RENE, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p.216; RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Deutschland, Ringeinband, 1981, núm. 41-43 previo al parágrafo 13; SCHÖNKE, ADOLF/SCHRÖDER, HORST /CRAMER, PETER *Strafgesetzbuch: StGB*, cit., 1982 previo al parágrafo 25; CLAUDIUS ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin, 1984, pp.476 y ss.; Vid. JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, Civitas, 1984, cit., p.608; SUSANA HUERTA TÓCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, 1987, p.59, nota 162.
- 14 Tesis que, pese a lo que manifiestan algunos autores, es compartida, para los supuestos de participación omisiva en delitos omisivos, por DE TOLEDO, EMILIO OCTAVIO Y UBIETO/ HUERTA TÓCILDO, SUSANA, *Derecho Penal: Parte General*, Madrid, Editorial Rafael Castellanos, 1986, pp.546 y 590.
- 15 Respecto a la posibilidad de la autoría omisiva en delitos de propia mano, recuerda María Luisa Maqueda Abreu que la doctrina se niega a admitir "la posibilidad de trazar una equivalencia entre la realización de propia mano de la acción descrita en el tipo y la no evitación de su ejecución por mano ajena, de parte de quien tiene la obligación de evitarla". Cfr. MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, *Los delitos de propia mano*, Madrid, Tecnos, 1992, p.97. Fuera de los supuestos de los parágrafos 174,1.3, 175 y 176, -continúa Maqueda Abreu- "siempre que desde una posición de garante se omita intervenir para evitar la lesión ajena del bien jurídico por parte de un tercero, habrá participación por ausencia de un requisito aquí esencial para la autoría: 'la ejecución de propia mano'". En definitiva, parece que esta autora admite la participación omisiva, al indicar que la aplicación de un delito de omisión propia sólo debe llevarse a cabo en supuestos de falta de posición de garante y cuando se cuestione la presencia de una relación de equivalencia. En consecuencia, si se da la posición de garante y la relación de equivalencia deberá

Llegando a parecidos resultados de los alcanzados por Roxin, Silva Sánchez, ahora a través de una vía diferente -el fundamento de la equiparación entre acción y la comisión por omisión no es la infracción del llamado “deber de evitación del resultado” sino la identidad estructural en el plano normativo -no naturalístico- con la comisión activa-;”. Este autor admite dos supuestos de participación en comisión por omisión: cuando, pese a asumir el control del riesgo de lesión, el tipo exige especiales elementos que no reúne el omitente o cuando ese tipo concreto no puede ser cometido por omisión; del mismo modo, puede hablarse de participación omisiva cuando el control del riesgo se debe a un omitente que obra como partícipe -inductor, cooperador necesario o cómplice-¹⁶. Por el contrario, habrá autoría -coautoría o autoría accesoria- en aquellos casos en los que haya identidad estructural con la comisión¹⁷.

En definitiva, existe participación en comisión por omisión en aquellos casos en los que la identidad estructural no se establece con la realización activa de un tipo de la Parte Especial sino con el tipo del partícipe. Esto ocurrirá “cuando el compromiso efectivo del sujeto en cuanto a actuar a modo de barrera de contención del riesgo se refiere, no al riesgo que de modo directo e inmediato se realiza en el resultado, sino a otros que contribuyen a que el mismo se realice. Pues en tal caso sólo hay una identidad estructural con la conducta del partícipe”¹⁸. De modo similar, la STS de 3 de diciembre de 1990 (R.A.9863), negó la complicidad omisiva de un recluso que no evitó la muerte de otro a mano de terceros porque “ni había creado la situación de peligro ni ostentaba un deber de controlar la conversión del riesgo en resultado lesivo”¹⁹.

aplicarse una participación en el hecho comisivo. Se trata de un planteamiento similar al expuesto por HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, 1987, p.59, nota 162 y que difiere del defendido por Luzón Peña, DIEGO MANUEL, en “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, en *Estudios Penales*, Barcelona, 1991, pp.86 y ss.

- 16 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*, n.38, 1989, pp. 388 y ss.
- 17 Cfr. Rodríguez Mesa, María José, siguiendo la tesis de Silva Sánchez, admite excepcionalmente la responsabilidad del omitente como partícipe en dos casos: cuando el garante no tiene acceso a la autoría por los elementos exigidos por el tipo y cuando la vulneración del compromiso de garante vaya referido a la contención del riesgo derivado de un partícipe en el hecho ajeno. Cfr. MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Navarra, Aranzadi, 2005, pp. 186-189.
- 18 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*, n.38, 1989, cit., pp. 389-390.
- 19 En esta sentencia se defiende que, “sólo en los casos en que el compromiso del garante resulta inequívoco es posible referirse a que toma en sus manos el riesgo real o hipotético actuando -como se ha dicho- a modo de barrera de contención del mismo, siendo así decisivo que el sujeto que tenga

A su juicio, la participación debe estimarse como cooperación necesaria “si se pone de manifiesto que -dado el dominio negativo del omitente- de haber obrado en control del riesgo habría impedido la realización del resultado lesivo. Ello sucederá, en general, si lo no impedido es una inducción o una cooperación necesaria, así como en los casos en que no se impide el hecho principal, pero el omitente no puede responder como autor por no permitirlo la configuración del tipo de la Parte Especial. En cambio, es complicidad en comisión por omisión el no impedir un hecho activo de complicidad, habiéndose comprometido previamente a ello, pues dicha complicidad activa no es condición necesaria de la producción del resultado final; con ello, la realización típica omisiva no podría mostrar identidad estructural con la cooperación necesaria activa”.

4.3.Planteamientos que defienden la posibilidad de participación omisiva en delitos comisivos

Otro sector doctrinal, pese a admitir que el garante omitente puede “contribuir” a la producción del resultado, al no impedirlo o dificultarlo, interpreta que es factible la graduación de la responsabilidad, esto es, la participación del omitente respecto a la acción del autor comisivo²⁰, pero no coincide respecto a la exigencia de un elemento normativo adicional: para unos, la creación de un riesgo de que se produzca la lesión del bien jurídico, la creación o el aumento del riesgo de lesión, etc, articulándose diversas soluciones dogmáticas²¹.

a. La participación por omisión de garante

Se requiere para el partícipe -en comisión por omisión- de un delito de resultado, los mismos requisitos que se exigen para el autor. El omitente será partícipe puesto que su dominio solo es potencial frente al dominio del hecho del autor²². Suele exigirse

normativamente controlado el riesgo deje, pese a ello, que se origine el resultado lesivo”.

20 Según Gallas la persona que en un delito comisivo doloso no impide, como garante, la causación del resultado sólo desarrolla el rol de complicidad. Cfr. Strafbares Unterlassen im Fall Selbstötung, JZ, 1960, p.687. Igualmente, RANFT, OTFRIED, “Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 94, Alemania, 1982, p.270.

21 LÓPEZ PEREGRÍN, MARÍA DEL CARMEN, *La complicidad en el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 330 y ss.

22 En un sentido similar, Woerner distingue entre posibilidad de evitación del resultado y autoría potencial. Esto último ocurre cuando el omitente ha podido evitar el desarrollo del suceso indirectamente -no por propia autoría-. Esta es, en ese sentido, la “autoría potencial, y puesto que permanece una posibilidad de evitar el resultado, su portador sólo tiene el rol de complicidad”. Cfr. WOERNER, LOTHAR, *Täterschaft und Teilnahme beim unechten Unterlassungsdelikt*, Diss. Tübingen, 1958, pp.45 y ss. Ahora bien, en realidad, la autoría potencial del omitente merece el mismo desvalor que la actual autoría del autor comisivo. Como ha destacado con ironía Armin Kaufmann, bajo esta premisa – control funcional del garante-

que sea garante²³, o que con su omisión aumente o contribuya al aumento del riesgo de lesión del bien jurídico²⁴.

Con la primera de las direcciones citadas se identifica Jescheck, que acepta la complicidad por omisión siempre que el cómplice tenga un deber de garante. En su opinión, la cuestión de la delimitación entre coautoría y complicidad no plantea aquí problemas porque, junto al autor de un delito doloso de comisión, que ejercita el dominio del hecho, la contribución al mismo por parte del garante que no lo evita sólo ofrece, en principio, la relevancia de la complicidad²⁵. El dominio del hecho únicamente pasa al omitente cuando el actuante deja de dominar el curso de aquél²⁶.

No obstante, el criterio de la posición de garante ha sido cuestionado porque amplía excesivamente los límites de la punibilidad. El motivo para afirmar que este criterio afecta al principio de legalidad es que sólo puede aceptarse la comisión por

podría formularse que, debido a la preponderancia de la omisión funcional del garante, el autor comisivo sólo podría alcanzar el papel de cómplice. KAUFMANN, ARMIN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Deutschland, Göttingen, 1959, p.164.

- 23 En la doctrina alemana se acepta que el omitente garante que no impide un resultado lesivo pueda ser participe en comisión por omisión, ya que no tiene el dominio del hecho que lo ostenta un tercero en PAUL BOCKELMANN, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, München, Beck, 1975, p.191; MAURACH, REINHART/GRÖSSEL, KARL-HEINZ/ZIPF, HEINZ, *Strafrecht: Allgemeiner Teil II*, Heidelberg, Aufl, 1984 pp.286 y ss. En España, esta tesis ha sido defendida RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, Tecnos, 1966, pp. 380; BERNARDO DEL ROSAL BLASCO, "Sobre los elementos del hecho típico en la inducción", en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 40, 1990, pp.126 y ss. En Italia, el sector doctrinal más representativo también acepta la participación omisiva en delitos de comisión siempre que se cumpla la condición de que el omitente sea garante de impedir el resultado. Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, Bologna, 1989, pp. 464 y ss.
- 24 Planteamiento defendido por LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, "La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en *Estudios Penales*, Barcelona, 1991. Op. cit., pp. 243 y ss. En el caso de que no se produzca el aumento del riesgo de lesión, el sujeto responderá del delito de omisión propia correspondiente, en su caso agravado si ostenta la posición de garante.
- 25 Cfr. HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal: Parte general*, Granada, Bosch, 1993, traducción a cargo de Manzanares Samaniego, pp. 634-635. Un planteamiento similar es defendido por, HARRO OTTO, "Anstiftung und Beihilfe", en *Juristische Schulung*, 1982, pp. 564 y ss; SCHÖNKE, ADOLF/SCHRÖDER, HORST /CRAMER, PETER, *Strafgesetzbuch: StGB*, cit. parágrafo 27, 15; LACKNER, KARL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, Beck, 1991, parágrafo 27, 4; MAURACH, REINHART/GRÖSSEL, KARL-HEINZ/ZIPF, HEINZ, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Heidelberg, Aufl, 1989, p. 287; JOHANNES WESSELS, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Heidelberg, Aufl, 1986, parágraf.13, p. 226; GÜNTER STRATENWERTH, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Zürich, Stämpfli Verlag AG Bern, 1981, marg.1009 y ss , p. 222
- 26 Cfr. *ibid*. Comparten este criterio: KIELWEIN, GERHARD, "Unterlassung und Teilnahme", en *GA*, Berlin, 1955, p. 227; RANFT, OTFRIED, "Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 94, Alemania, 1982, pp. 823 y ss. Desde esta orientación, Gallas piensa que la participación por omisión sólo es admisible en el hecho comisivo siempre que exista causalidad y se lesione el deber de garante. Si estos requisitos no se dan, entonces el omitente será autor de un delito omisivo. Cfr. GALLAS, op. cit, *JZ*, 1960, p. 687.

omisión cuando exista una total identidad estructural con la realización activa y, además, la omisión sea subsumible en el tipo de resultado correspondiente. Ahora bien, esta equivalencia no se produce automáticamente cuando se da la posición de garante en quien no evita un resultado fortuito, o se derive de un actuar precedente culposo o, por el contrario, cuando el riesgo se genera por la acción de un tercero²⁷.

Esta es precisamente la tesis sustentada por Luzón Peña al comprobar que “cuando la conducta consiste en no intervenir, no actuar frente a un peligro ya existente, de origen diverso a la propia omisión (procedente de causas naturales, de actuaciones de terceros o incluso de una actuación no dolosa del propio sujeto) y cronológicamente anterior a la misma, dejando que el peligro siga su curso natural y desemboque en una lesión del bien jurídico, esa omisión no equivale ni puede equivaler sin más a producir la lesión -creando el peligro-, por el simple hecho de que el sujeto tenga un específico deber de garantía (de evitar el resultado) respecto del bien jurídico; por mucho que lo tenga, su omisión no ha producido la lesión -que tiene otro origen- y, por tanto, no se puede decir que ha matado, lesionado o dañado, es decir, que la conducta no es directamente subsumible en el tipo y por ello no es comisión por omisión del delito correspondiente”²⁸.

Este criterio fue consolidado también por Gimbernat al plantear que la omisión equivale exactamente a la causación activa del resultado y, por tanto, es comisión directamente subsumible en el tipo correspondiente, cuando la propia omisión crea el peligro de lesión para el bien jurídico, pues entonces hace lo mismo que la causación activa del resultado lesivo²⁹.

A la tesis de la equivalencia entre la omisión y la comisión, basada en la creación de riesgo de lesión del bien jurídico, Luzón Peña añade el supuesto del aumento del peligro preexistente mediante el comportamiento omisivo, sin valorar en ningún momento la posición de garante³⁰.

27 En este sentido se manifiestan GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, “Recensión al libro de Bacigalupo, ‘Delitos impropios de omisión’”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, 1970, p.726; LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro”, Comentario a la STS 24-4-1974, en *Derecho Penal de la Circulación*, 1985, pp.125 y ss; del mismo “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, en *Estudios Penales*, Barcelona, 1991, pp.235 y ss; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *El delito de omisión: Concepto y sistema*, Barcelona, BdeF, 1986, pp.369 y ss.

28 Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, en *Estudios Penales*, Barcelona, 1991, op. cit., p. 237.

29 Vid. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, “Recensión al libro de Bacigalupo, ‘Delitos impropios de omisión’”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, 1970, op. cit., p.726; de un modo similar se expresa DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión: ¿Un caso de dolo alternativo?”, en *Consejo General del Poder Judicial*, n.24, Madrid, 1991, pp. 208 y ss.

30 Cfr. DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, en *Estudios Penales*, Barcelona, 1991, op. cit, p. 238. Este autor concreta su propuesta

Ahora bien, la cuestión a resolver sigue siendo cómo y cuándo se puede afirmar que la omisión genera o aumenta el riesgo de lesión -peligro-. En torno a este problema, Luzón Peña propone como criterio el siguiente: “cuando la posición del sujeto determina que no haya peligro o que, dada su función social absolutamente normal y habitual o específica para eso, si hay un cierto peligro abstracto (o incluso concreto), socialmente y normativamente se considere ese peligro como perfectamente controlado, o incluso conjurado o prácticamente inexistente mientras -y sólo con que- el sujeto cumpla su función normal o específica. En estos casos, si el sujeto de pronto omite, dolosa o imprudentemente, cumplir su deber y desempeñar su función, entonces y por ello -es decir, no por algo diverso cronológicamente y en origen- la propia omisión crea el peligro, hasta ese momento inexistente o conjurado, puesto que, permitiendo que surja, lo desencadena y descontrola (lo que quiere decir que, para volver a controlarlo, habría que hacer algo, si todavía es posible); o si se considera que ya había un cierto riesgo, pero controlado, la propia omisión, al descontrolarlo eleva enormemente las posibilidades de lesión, esto es, aumenta el peligro de modo determinante de la lesión”³¹.

Por todo ello, será partícipe por omisión y no autor de un delito de omisión propia cuando la omisión equivalga exactamente a la participación activa. En otros términos: será punible la cooperación necesaria o la complicidad omisiva si la omisión ayuda o facilita la realización del tipo del autor, prescindiendo de la posición de garante del omitente. En suma, reconoce Luzón, “para que haya cooperación omisiva, por tanto, la situación tiene que ser estructuralmente idéntica: que la misma omisión favorezca o facilite la comisión del hecho, aumentando -o contribuyendo a aumentar- en ese sentido el riesgo pero sin posibilidad de decisión, control o dominio sobre la realización

afirmando que “debe entenderse del mismo modo que he explicado el aumento del peligro en los casos de comisión activa: cuando haya una situación previa de cierto riesgo, pero genérico o controlado, y la omisión misma sea la que incremente ese peligro de modo decisivo o determinante, la que aumente su gravedad convirtiéndolo en un peligro concreto o provocando su descontrol. Cuando haya esa creación o aumento del peligro decisivo por la omisión, ésta, aunque no haya causalidad material como en el hacer activo, actuará de modo idéntico y totalmente equivalente a la comisión activa y será, por ello, también comisión (mediante omisión)”. Cfr. op.cit., p.238.

- 31 LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, en *Estudios Penales*, Barcelona, 1991, p.240. De modo similar, ciertos autores exigen para la existencia de la omisión que el sujeto tenga una situación de dominio sobre el peligro, sobre la producción del resultado: BACIGALUPO, ENRIQUE, “Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, 1970 pp. 43 y ss; ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, “Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.24, 1984, p.586; RUDOLPHI, en RUDOLPHI, HANS-JOACHIM/HORN, ECKHARD/SAMSON, ERICH/ SCHREIBER, HANS LUDWING, *Systematischer Kommentar Zum Strafgesetzbuch*, Berlin, Aufl, 1975, parágrafos 13, p.20.

del peligro”³². Una vez aclarada la existencia de participación, la decisión sobre si se trata de cooperación necesaria -decisiva para el autor- o complicidad dependerá del criterio de necesidad en abstracto o en concreto o de la teoría de los bienes escasos que se siga.

De todos modos, se debe señalar que la tesis de Luzón, en realidad, propone, más que prescindir de la posición de garante, excluir de la responsabilidad del garante los casos en los que el peligro provenga de la acción de un tercero, de la propia víctima o de un suceso natural y ello implica admitir la posición de garante, aunque limitada en su alcance. Posteriormente, este autor ha defendido la participación por omisión en aquéllos casos en los que la omisión de un garante sólo favorece la autoría por dominio del hecho de otro cuando el tercero ostenta el dominio de hecho y cuando una cooperación por omisión facilite la autoría por un garante de un delito de comisión por omisión³³.

Dando un paso más, Rueda Martín, admite que la diferencia entre la cooperación omisiva y la autoría de una omisión pura no radica en la posición de garante. Sin embargo, eso no es óbice para que acepte la participación por cooperación mediante una comisión por omisión siempre y cuando se den varios requisitos: una conducta de cooperación y el elemento subjetivo representado por el acuerdo de voluntades. Por un lado, el partícipe debe conocer la conducta dominada por el autor – por lo menos el inicio de la tentativa- y quiere contribuir, favorecerla o asegurarla. Además se requiere la asunción de un compromiso voluntario. En estas condiciones puede afirmarse que en una determinada omisión concurre el mismo e idéntico contenido de injusto específico acotado por el tipo que la acción de cooperación correspondiente³⁴.

b. La autoría o participación del garante omitente depende del hecho de ostentar una posición de protección o una posición de control

En este grupo podemos clasificar aquellos planteamientos que admiten la participación por omisión según el garante ostente una función de protección de determinados bienes jurídicos o de control o vigilancia de una fuente de peligro.

Así, si al garante le corresponde una función de protección de un bien jurídico-garante de protección-, será autor (siempre con el límite de que el delito no impedido

32 Ibid., p.245.

33 LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Lecciones de Derecho penal: Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 638 y 639.

34 RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES, *¿Participación por omisión?: Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 124 a 164. Igualmente en *Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal*. Comentario a la STS nº. 832/2013, de 16 de diciembre de 2013”, en *InDret*, Vol. 1, 2015.

pueda cometerse por omisión). De otro lado, si le corresponde una función de control de una fuente de peligro –garante de control-, será partícipe. Esta es la solución precisamente adoptada por Cramer³⁵, para quien los delitos omisivos, sólo en parte son delitos de infracción del deber y la diferencia entre participación y autoría por omisión se encuentra en las características concretas de la posición de garante; si la omisión se efectúa por un garante de protección se configura la autoría mientras que habrá participación por omisión cuando el garante, que debe impedir el ataque delictivo de determinadas personas, o imposibilitar el resultado que puede desencadenarse por hechos precedentes. A partir de ahí, una vez configurada la participación por omisión del garante, como criterios para la determinación de las formas de participación se emplean la “cualidad y contenido del deber que ha lesionado el omitente”³⁶.

A este tenor, Herzberg sostiene que la posición de garante de control fundamenta sólo la complicidad y debe cuestionarse si ocurre lo mismo respecto a la garantía de protección. Bajo esta premisa, puede considerarse como complicidad, la pasividad dolosa del que ostenta una garantía de control, como ocurre con la realización comisiva. Sólo cuando una hipotética acción positiva del omitente hubiera evitado el resultado, estaríamos ante una autoría omisiva³⁷. Esta tesis se fundamenta en la igualdad estructural del delito comisivo y el delito omisivo del garante de control, en el que las formas de participación para ambos grupos delictivos se construyen sobre los mismos criterios. Recuérdese que el concepto negativo de acción de Herzberg reúne la acción y la omisión bajo el mismo concepto general de la no evitación evitable por medio de un garante. El que lleva a cabo un acto comisivo lesiona también un deber de garante de control: la responsabilidad penal descansa, pues, en la no evitación de un resultado, del peligro de lesión³⁸.

Una tesis que guarda cierta similitud con la ya expuesta es la defendida por Jakobs. En esta línea, apunta la distinción entre posiciones de garante por responsabilidad

35 SCHÖNKE, ADOLF/SCHRÖDER, HORST /CRAMER, PETER, *Strafgesetzbuch: StGB*, n.90-95, cit., Rn 87 y ss., previo al parágrafo 25.

36 Ibid, previo al parágrafo 25, nums. 63,88 y ss.; HERZBERG, ROLF DIETRICH, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, Walter de Gruyter, 1972, p. 260; ESER, ALBIN, *Strafrecht II*, Freiburg, Beck, 1990, núm. 27 a 22; en términos parecidos, SCHÜNEMANN, BERND, “Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 96, Alemania, 1984, p. 377; también lo diferencia BUSSE, KLAUS-HENNING, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Göttingen, Diss, 1974, pp.182 y ss., 352 y ss.

37 BLOY, RENE, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p. 217.

38 HERZBERG, ROLF DIETRICH, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, Walter de Gruyter, 1972, op.cit, pp.172 y ss.

organizatoria que implican sólo la participación del omitente y las de responsabilidad institucional que conforman la autoría³⁹.

En la edición de su manual de 1991, define la acción como realización individual y evitable del resultado y la omisión como la no evitación evitable del resultado⁴⁰. Más tarde, este autor ha aceptado un concepto de acción normativizado, similar al propuesto por Herzberg, que puede definirse como “el hacer responsable al culpable por una lesión de la validez de la norma” y, que engloba, como puede observarse, tanto a la acción como a la omisión. Se extrae, de este modo, un concepto funcional de acción y, con ello, una teoría unitaria de la posición de garante tanto para los delitos de comisión como para los de omisión.

En concreto, sobre la cuestión de la participación omisiva en delitos comisivos, la postura de Jakobs es la siguiente: la participación omisiva por infracción de la responsabilidad organizatoria equivale a participación comisiva en el hecho⁴¹. En los casos de coautoría y complicidad, la equivalencia de la participación mediante acción debe ser idéntica a la participación omisiva. En cambio, la autoría debe reunir especiales elementos objetivos y subjetivos de autoría. En la práctica, si la participación corresponde al portador de la omisión del círculo organizatorio, al menos, igual que la contribución de autor principal, es coautoría; será, por contra, complicidad, si la contribución no es tan importante⁴².

Igualmente, respecto a la causalidad hipotética en la complicidad por omisión, considera Jakobs, que se corresponde con la solución dada a los supuestos de causalidad en la complicidad por comisión⁴³.

Por contra, interpreta el citado autor, los delitos omisivos que se caracterizan por la lesión de un deber de responsabilidad institucional son delitos de infracción del deber. En este ámbito, el motivo de la responsabilidad es la vinculación institucional con el bien y su ruptura da lugar a la autoría. Por el contrario, la participación, en tales supuestos, sólo es admisible cuando el obligado no puede ser autor porque no reúne

39 JAKOBS, GÜNTHER, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Berlin - New York, Aufl, 1983, pp.696 y ss.

40 *Ibid.*, pp.31 y ss.

41 *Ibid.*, p.845.

42 *Ibid.*, pp.845-846.

43 Sobre tal posibilidad RANFT, OTFRIED, "Das garantiepflchtwidrige Unterlassen der Taterschwerung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 97, Alemania, 1985, pp.268 y ss; ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, p. 293; GRÜNWARD, GERALD, "Die Beteiligung durch Unterlassen", *GA*, 1959, pp.110 y ss, 118 Fn, 21; ROXIN, CLAUDIUS, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit, p.489.

los elementos del tipo⁴⁴ o porque falte un elemento subjetivo⁴⁵.

Estos planteamientos formulados por Jakobs han sido valorados negativamente, con razón, por Silva Sánchez cuando opina que la crítica que Jakobs hace tachando de inútiles las anteriores teorías -al interpretar que la mayoría de las situaciones de garantía pueden verse tanto como función de control, como de función de protección- puede realizarse también respecto de la suya. Para demostrar tal afirmación, Silva utiliza, como ejemplo, el caso del funcionario de prisiones, que es una mezcla de lo "institucional" y lo "organizatorio"; pues bien, según este autor, el error radica en la pretendida distinción, ya que no hay ningún caso en que la mera infracción de un deber -por muy institucional que sea- pueda dar lugar a equivalencia: "al contrario, es siempre el compromiso efectivo de controlar determinados riesgos para determinados

44 Comparten este criterio, STRATENWERTH, GÜNTER, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Zürich, Stämpfli Verlag AG Bern, 1981, p. 1079; RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Deutschland, Ringeinband, 1981, parágrafo 13, 41; *LK-Roxin*, parágrafo 25, 150; ROXIN, CLAUDIUS, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., pp.479 y ss; RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, Otto Schwartz, 1966, p. 63.

45 La teoría de Jakobs ha sido desarrollada y transformada por Freund que no acepta ni el concepto tradicional de diferenciación entre acción y omisión ni la equiparación de la existencia de una posición de garante con la realización activa del resultado. Cfr. George Freund, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Köln – Berlin - Bonn - München, Heymann, 1992, pp. 15 y ss. Defiende, en cambio, que la estructura de la norma es igual para un hacer activo y para la omisión, tanto para la protección de bienes jurídicos como para los supuestos de especial responsabilidad del autor. Es más, FREUND llega incluso a extender la responsabilidad especial a los supuestos de injerencia siempre que exista una relación de causalidad. GEORGE FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, cit., pp.180 y ss. Valorando críticamente los posicionamientos teóricos de estos autores Schünemann ha defendido que la alusión a la responsabilidad especial "no ha proporcionado un criterio objetivo, sino solamente una paráfrasis de su carácter de delito especial; en segundo lugar ha diluido la base firme y descriptiva de los delitos de comisión en una pura normatividad y, por ello, sistemáticamente carente de todo contenido...". Cfr. SCHÜNEMANN, BERNARD, "Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania", en *Omisión e Imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid, 1994, p.14. Persistiendo en la crítica, advierte este autor que, "al responder a la pregunta, en sí bien planteada, de en qué consiste la coincidencia exigida por la ley entre omisión impropia y un actuar activo, reduce la relación de dominio fáctica exigida por la ley para la autoría en el actuar activo simplemente a la imputación penal denominada por él "responsabilidad especial", y, naturalmente, no puede preguntarse ya con sentido por la existencia de algo en común respecto de las estructuras objetivas que fundamentan la imputación". Vid. *ibíd.*, p.15. Sobre la cuestión de la responsabilidad por organización sostenida por Freund, Schünemann considera que confunde, "con una equivocación tan llana como difícil de explicar, el dominio preestablecido sobre la fuente de peligro o sobre el desamparo del bien jurídico con la mera posibilidad de evitación en el sentido de una cuasi causalidad". Cfr. *Ibíd.*, p.16. Por otra parte y, como conclusión, Schünemann insiste en que la obra de estos autores trae como consecuencia una "fórmula vacía de contenido, en una profunda delimitación y muy arbitraria de cada una de las posiciones de garante o bien, peor aún, en una nueva extensión radical de la responsabilidad por omisión, porque Freund no posee ningún criterio para la equivalencia a la comisión de la relación especial y, por ello, propaga en la injerencia, de forma no diferente al caso del funcionario, una responsabilidad por omisión extremadamente amplia". Cfr. *Ibíd.*, p.17.

bienes jurídicos el que la genera"⁴⁶.

Más adelante, Robles Planas alcanzó unas consecuencias similares a las sostenidas por Jakobs y Freund pero, a diferencia de estos autores, no hace depender la autoría y participación del garante automáticamente de su posición como protector de un bien jurídico o vigilante de una fuente de peligro, sino que realiza un notable esfuerzo por valorar en cada caso cual es el significado de la "aportación" omisiva en el hecho cometido. Así, la decisión sobre si se trata de autoría o participación va a depender del valor de la omisión para el conjunto del hecho. De ese modo, "si lo que convierte en típicamente prohibida a la conducta del omitente tiene una limitada capacidad de configuración del hecho, estaremos ante un supuesto de participación por omisión. Si, en cambio, la razón por la cual la conducta del omitente está típicamente prohibida configura relevantemente el hecho, se tratará de una aportación de autoría"⁴⁷. Cuando la no evitación no se refiere al curso lesivo en general sino a una determinada secuencia del mismo. En la práctica, este autor considera que habrá participación por omisión en los supuestos en los que se trata de evitar que de un ámbito de organización surjan peligros que faciliten o favorezcan la conducta delictiva de terceros. Respecto a la ausencia de control de la conducta de terceros peligrosos, distingue entre los supuestos de irresponsabilidad penal del tercero o de irresponsabilidad funcional (aprendizaje) –autoría mediata- y los casos en los que admite la participación del garante respecto al irresponsable que actúa como cómplice en el delito dominado por un tercero. Finalmente, en casos de asunción de una posición que implica la contención de determinados riesgos para determinadas personas o intereses, si se trata de irresponsables por enfermedad mental o embriaguez patológica agresiva, el omitente será autor, por el contrario si es autorresponsable debe ser partícipe ya que sólo configura un fragmento del hecho⁴⁸.

c. Infracción de un deber especial y equivalencia "valorativa" entre la participación por omisión de garante y la participación comisiva

Los supuestos de participación omisiva en los delitos comisivos deben resolverse en el marco de una identidad estructural entre los delitos de omisión impropia y los de

46 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, "Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario", en *Revista Jurídica de Cataluña*, n.2, Barcelona, 1992., p. 401 y ss.

47 ROBLES PLANAS, RICARDO, *Garantes y cómplices: La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, Atelier, 2007 p. 74. Un planteamiento semejante es defendido por FREUND, GEORGE, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Köln – Berlin - Bonn - München, Heymann, 1992, p. 235.

48 *Ibid.*, pp. 76-77.

comisión, mientras que algunas de las soluciones que hemos analizado anteriormente parten del principio opuesto, es decir, de la desigualdad estructural entre ambos modelos delictivos. En consecuencia, al igual que es posible graduar la responsabilidad del partícipe en la acción, debe graduarse la responsabilidad del garante que no evita el resultado. Sólo así, se asimilaría la dogmática de la participación activa en delitos de resultado a la de la participación omisiva de garantes en esos mismos delitos⁴⁹. Para proceder a elaboración del modelo de participación omisiva, en primer lugar hay que determinar si el sentido del tipo de la parte especial admite la modalidad omisiva, a continuación, demostrar la existencia de un deber especial y además establecer los criterios que nos permitan afirmar una equivalencia desvalorativa entre la omisión impropia y el delito comisivo. Eso sí, tal equivalencia debe buscarse, no respecto al tipo de autoría de la Parte Especial, sino al de participación⁵⁰. Una vez asumida esa equivalencia entre la estructura omisiva y la comisiva respecto al resultado

49 De modo similar, López Peregrin, María Del Carmen, admite la complicidad por omisión cuando “la conducta omisiva sea equivalente valorativa y estructuralmente, no a la causación del tipo correspondiente a la Parte Especial (lo que le convertiría en autor) sino a la causación del tipo de la complicidad, en el sentido de haber favorecido la comisión del delito por el autor. Es decir, que habrá complicidad punible en comisión por omisión cuando un sujeto en posición de garante, pudiendo hacerlo, no ha realizado una acción que hipotéticamente y con arreglo a los criterios de imputación objetiva, hubiera previsiblemente obstaculizado la comisión del delito por el autor”. Cfr. LÓPEZ PEREGRIN, MARÍA DEL CARMEN, *La complicidad en el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 345. Igualmente, aceptan la complicidad por omisión, Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes, siempre que exista posición de garante y quepa afirmar que la omisión contribuyó, en causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación del delito por el autor”. Cfr. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal: Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 498. También algunas sentencias construyen la participación en torno a criterios de causalidad hipotética - es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una seguridad rayana en la probabilidad-. Cfr. la STS de 25/01/2006. (TOL863.885). A tal efecto, resulta de interés la STS de 12/12/2006, (SXSP _ 32326, TOL1.026.936), puesto que aplica cooperación necesaria de la madre respecto a los malos tratos al hijo y complicidad omisiva con relación a su muerte.

50 Un sector cualificado de la doctrina admite tal posibilidad; en esa dirección, Cerezo Mir sostiene -realizando una interpretación sistemática de los artículos 28,2, 29 y 11 del CP- que también la conducta de participación por omisión deberá ser equivalente a la correspondiente conducta de participación mediante una conducta activa. Cfr. CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Español: Parte General II*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 233. Del mismo modo, López Peregrin, aplica a los supuestos de complicidad por omisión las reglas del artículo 11 y las del 29 del CP. Cfr. LÓPEZ PEREGRIN, MARÍA DEL CARMEN, *La complicidad en el delito*, cit, p. 334. Tampoco parece oponerse Vives Anton a la posibilidad de aplicar la participación por omisión al indicar directamente que el artículo 11 es sólo un límite y que la comisión por omisión deriva directamente de los tipos de la parte especial. Cfr. Comentarios al Código penal. Tomo I, Madrid, 1999, p. 531. Del mismo modo, la STS. 14/02/2003 (TOL265.578) admite la posibilidad teórica de la complicidad omisiva (aunque en el caso concreto no se acepte por la ausencia de un deber de garante) pese a que el término acto en su significación gramatical y etimológica sugiere una actuación de carácter positivo y que el art. 11 del Código Penal, está previsto para la delimitación de las conductas de comisión por omisión de los autores. A pesar de estas premisas, asume que los requisitos del artículo 11 son aplicables a las demás modalidades participativas en el delito.

hay que graduar la responsabilidad del omitente con criterios de equivalencia entre la participación activa y la omisiva de garante en actos dominados por el autor. En consecuencia, para admitir la participación por omisión habría que decidir en cada supuesto si el garante, que solo tiene un dominio funcional, no de hecho que lo ostenta el autor comisivo, no ha evitado o reconducido –pudiendo hacerlo– el foco de peligro, que ha pasado de permitido a ilícito por la acción del autor. Posteriormente hay que determinar en qué medida esa falta de control o no reestablecimiento de la normalidad ha resultado esencial, según parámetros de peligrosidad *ex ante*, para el resultado⁵¹. De ninguna manera puede hacerse depender la participación de la existencia de una hipotética acción del omitente, que nunca se produjo, y si ésta hubiera impedido o simplemente dificultado la acción delictiva. ¿Cómo puede constatararse que se pudo evitar, o cuando menos, dificultar el hecho del autor?

Por esta razón es criticable esa tendencia generalizada, no sólo en un sector de la jurisprudencia, consistente en delimitar la contribución del cómplice garante en conexión con el resultado de la acción principal en función de criterios exclusivos de causalidad, llegándose a asumir que es suficiente que la aportación del cómplice favorezca de cualquier modo el hecho principal⁵². Un ejemplo del empleo irregular de la

51 Por su parte, CEREZO MIR, se muestra partidario de la admisión de la participación por omisión en un delito activo cuando el sujeto sea garante y la omisión no sea equivalente a la acción desde el punto de vista del contenido de lo injusto. Cfr. CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Español: Parte General II*, Madrid, Tecnos, 1990, p.233.

52 Cfr. Las sentencias ya citadas de 25/01/2006 (SXSP_30408.TOL863.885) y 12/12/2006 (SXSP 32326). En un tono similar, según HARRO OTTO, es imprescindible en la complicidad por omisión que el garante haya podido evitar o impedir la lesión del bien jurídico con una probabilidad rayana en la seguridad. Cfr. HARRO, OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, Berlin-New York, Aufl, 1982, p. 246. Para apoyar su postura, OTTO considera como cómplice a un policía A por no bloquear la calle en la que B tenía su coche dispuesto para secuestrar a C, ya que el peligro que tenía la obligación de impedir o limitar se ha realizado en el delito y, además, existe una probabilidad que es cercana a la seguridad de que una hipotética acción hubiera evitado el resultado. Del mismo modo se expresa, SCHMIDHÄUSER, EBERHARD, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Tübingen, Aufl, 1984, p.427. Sobre este asunto, COTE-BARCO sustenta que “La “causalidad”, como elemento de la DRSJ, se deriva entonces directamente del artículo 28 ECPI, el cual dispone que para que haya responsabilidad penal del superior, los crímenes cometidos por los subordinados deben haber tenido lugar “en razón de no haber ejercido un control apropiado” sobre las fuerzas bajo su mando”. Y formula la siguiente pregunta: “¿hasta qué punto la omisión del superior debe ser la causa de la conducta de los subordinados? En otras palabras: ¿qué tan fuerte debe ser este vínculo entre la omisión del superior y la acción del subordinado? Al respecto, se debe afirmar que al tratarse de responsabilidad penal por omisión, el nexo de “causalidad” que se exige en el marco del artículo 28 ECPI es hipotético e invertido debido a la imposibilidad de probar empíricamente el nexo de causalidad cuando se está ante una omisión, lo relevante es demostrar que si el superior hubiera cumplido su deber, los crímenes no se hubieran cometido. Al respecto, surgen entonces las dos posibilidades conocidas en la teoría general de los delitos de omisión. Es decir, o se exige un estándar estricto, según el cual es necesario probar que el cumplimiento del deber por parte del superior, con un alto grado de probabilidad (cercano a la certeza), habría evitado el resultado, o se acoge la denominada

teoría de la *conditio sine qua non* en los delitos de comisión por omisión es la conocida STS de 31 de enero de 1986 (R.A.211) que sanciona la omisión como cooperación necesaria en los delitos de asesinato y de violación y por autoría directa del art.14.1 respecto al delito de violación en grado de tentativa. Se interpreta que la omisión de impedir el resultado por el que tenía el deber especial "fue una fuerza causal (autoría) del resultado muerte" mucho más que una simple cooperación y ayuda⁵³.

Como expresión de esta tendencia jurisprudencial puede citarse también la STS de 10 de abril de 1981 (R.A.1624)⁵⁴ en la que se afirma que para hablar de coautoría es necesario que la omisión sea causal "*conditio sine qua non*" del resultado típico y que en la complicidad basta que sea eficaz (no necesaria) en orden a la producción de ese resultado.

En realidad, esta línea jurisprudencial confirma la participación/coautoría del omitente cuando, desde una posición *ex post*, puede concluirse que existía la probabilidad de haber podido neutralizar o entorpecer la acción principal del autor. En resumen, la fundamentación de la responsabilidad del partícipe, garante por omisión, se basa en que una hipotética acción hubiera disminuido el riesgo de lesión del bien

teoría del aumento del riesgo (o mejor, teoría de la disminución del riesgo, por tratarse de una omisión), según la cual sería suficiente con probar que, de haber tenido lugar la conducta debida, el riesgo de que se hubiera cometido el crimen habría disminuido, aunque no sea posible afirmar con un alto grado de probabilidad que el resultado se habría podido evitar". COTE-BARCO, GUSTAVO EMILIO, "Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la Fuerza Pública en Colombia: ¿convergencia entre el Derecho penal nacional e internacional?" en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá 49-112, 2016, pp. 66 y 67.

- 53 En contradicción con esta sentencia, respecto a la posibilidad de aplicar un delito comisivo en concurso con el delito por omisión de garante no evitado, podemos ver la STS de 22 de febrero de 1994 (R. A.1110). Se plantea el caso de dos funcionarios de policía que violan por separado a una mujer y contemplan la violación practicada por el compañero. El Ministerio Fiscal pretendió que se sancionara a cada uno de ellos como autor de un delito de violación y cooperador necesario en comisión por omisión del delito de violación del otro. En contra de esta opinión, el Tribunal aquí interpreta que "llevando la posición de garante a sus más extremas y automáticas consecuencias, tendríamos que admitir una situación absurda y contraria a la más elemental racionalidad. En una sola persona no puede coexistir a la vez el deseo de consumir un acceso carnal delictivo y al mismo tiempo exigirle que impida la violación que otro realizaba en la habitación de al lado. Llegaríamos a admitir que era lógico que llegase a consumir la violación que habría preparado y que al mismo tiempo estuviese obligado pedir el yacimiento carnal de la persona que le acompañaba. En estos casos no se da la posición de garante ante la existencia de un dolo directo de consumir por propia mano el acto delictivo".
- 54 En este sentido, la STS de 12 de enero de 1998 (TOL8. 441), admite la complicidad omisiva en delitos comisivos cuando la omisión del deber de actuar del garante ha contribuido, con causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción o comisión. El supuesto que se sanciona como complicidad omisiva es el de una madre que no dificulta los actos contrarios a la libertad sexual cometidos por el padre contra su hija menor de edad.

jurídico⁵⁵, esto es, se basaría en un juicio que establece la probabilidad de dificultar la producción del resultado, de reducir el riesgo de lesión del bien jurídico.

Retomando la crítica a aquel sector jurisprudencial que se desenvuelve en el marco de la causalidad para determinar la participación por omisión, Gimbernat ha realizado dos objeciones: la primera se basa en que si la probabilidad rayana en la certeza es insuficiente para imputar un resultado en un comportamiento positivo (porque supone convertir al delito de resultado en un delito de peligro) -y si se quiere mantener la equivalencia entre acción y omisión- tampoco a ésta se le puede imputar el resultado si “sólo” existe una probabilidad rayana en la certeza de que la acción omitida hubiera evitado el resultado⁵⁶. En segundo lugar, porque en la práctica se prescinde incluso de la exigencia de la probabilidad rayana en la certeza y se sanciona como delito consumado basándose en una elevada probabilidad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado⁵⁷. En los supuestos de comisión por omisión imprudente, indica Gimbernat, no hay que preguntarse si la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino únicamente si la omisión de aplicar una medida de precaución ha hecho posible que el foco de peligro superara efectivamente el riesgo permitido y si, a su vez, ese foco de peligro (ya prohibido) ha causado efectivamente el resultado⁵⁸. En general este autor sostiene que en muchos supuestos la imputación del resultado obedece a la existencia de una obligación específica de vigilancia (casos de enfermedad de marido o padre y suegro) que se “había convertido en un foco de peligro dependiendo estos casos la responsabilidad dolosa o culposa por la lesión sobrevenida del mayor o menor riesgo creado por la ausencia de medidas de precaución y de la conciencia que tuviera el omitente del riesgo objetivo realmente existente”⁵⁹. Concluyendo que, “la circunstancia de que el hacer debido hubiera evitado o no el resultado no desempeña ningún papel para afirmar o negar la existencia de una comisión por omisión. La solución habrá que buscarla en el nivel de riesgo permitido de los focos de peligro, en si el correspondiente garante –o garantes- ha cumplido o no con su obligación de mantener en ese nivel –o de reconducirlo a él en el supuesto de que hubiera sido ya sobrepasado- el foco de peligro causante del resultado típico, independientemente de si el cumplimiento de

55 Cfr. RANFT, *op.cit.*, pp. 274-275.

56 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Estudios sobre el delito de omisión*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., 2003, p. 79.

57 *Ibíd.* p. 79.

58 *Ibíd.* pp. 96-97.

59 *Ibíd.* Capítulo IV, p. 279.

dicha obligación hubiera podido impedir o no la producción de ese resultado”⁶⁰.

Siguiendo el anterior criterio, y como propuesta viable para resolver los supuestos de responsabilidad omisiva de superiores jerárquicos en el Acuerdo final, si se demuestra que la omisión del garante sólo ha facilitado la acción, al no controlar o reconducir la fuente de peligro, sin que *ex ante* pueda afirmarse que hubiera podido impedir la realización del ilícito, entonces, aunque sea garante, no respondería como autor sino como partícipe. La conclusión contraria, transformar automáticamente en autor al garante omitente⁶¹, o hacerlo depender de la fuente del deber especial, no respeta el fin de protección de la norma de complicidad y no gradúa la participación del tercero omitente en el hecho dominado por el autor.

60 Ibíd. Capítulo VII, p. 384. Igualmente, sostiene que la única circunstancia que convierte a una abstención en una comisión por omisión —porque sólo entonces existe una equivalencia desvalorativa total del delito de omisión impropia con el delito de acción— la que concurre en quien, estando obligado a vigilar un foco de peligro que posteriormente causa un resultado típico, permite (dolosa o imprudentemente) la transformación de ese foco de permitido en ilícito, o no lo reconduce a los niveles jurídicamente tolerados cuando aquél (por la acción de un tercero o por una causa material) los hubiera desbordado”. Cfr. Capítulo III, p. 229. Reitera esta tesis sobre la necesidad de una equivalencia desvalorativa total del delito de omisión impropia con el delito de acción, cuando propone que tal equivalencia se dará cuando la inactividad del encargado de una fuente de peligro causante del resultado típico tenga como consecuencia (normativa) la transformación de esa fuente de permitida en ilícita, o la no reconducción a los niveles jurídicamente tolerados cuando dicho foco (por la acción de un tercero o por una causa material) los hubiera desbordado. Cfr. *Comentarios al Código penal*. Tomo I, Edersa, Madrid, 1999, p. 439. Por su parte, Vives Anton, al hablar de la equivalencia al sentido del texto de la Ley, subraya que se refiere al significado de las proposiciones legales y, por tanto, no basta con la infracción de un deber especial, ni con la posición de garante, ni resulta posible formular un criterio material genérico que fije los presupuestos aplicativos válidos para todas y cada una de las distintas tipicidades: dominio sobre el origen del resultado, la asunción del compromiso de actuar como barrera de contención del riesgo, la creación o incremento del riesgo para el bien jurídico. Según este autor todas esas fórmulas son insuficientes e imprecisas. Por el contrario propone que “si conforme a los hábitos del habla especializada y a los valores que la informan puede decirse que alguien mató, lesionó, etc, entonces resultará adecuada la subsunción y, en caso contrario, por más que se satisficiesen las exigencias de los criterios materiales a que se acaba de aludir, habrá que estimarla improcedente”. Cfr. *Comentarios al Código penal*. Tomo I, Madrid, 1999, pp.527-528.

61 Sobre la dificultad práctica —aún admitiendo tal posibilidad— de construir por vía omisiva una colaboración no esencial en la realización de un hecho delictivo. Cfr. STS de 14/02/2003 (TOL265.578). En otras ocasiones, se aplica complicidad omisiva aún cuando lo está describiendo como una aportación esencial en la producción del resultado. Cfr. STS de 13/10/1999 (SCAT _ 919, TOL51.555). En esta sentencia se construye una posición de garante basada en la injerencia de quien habiendo realizado actos de intimidación en una persona a fin de robarle, no impide que otro de los intervinientes desarrolle una conducta dirigida a acabar con la vida del previamente intimidado. Así interpreta la mencionada sentencia que la inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, en este caso, de colaboración a la causación del resultado pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado, términos que se valoran desde la perspectiva de la colaboración no necesaria, típica de la complicidad imputable al acusado. Pese a tal conclusión no se resuelve como cooperación necesaria sino como complicidad omisiva.

Ahora bien, puede ocurrir que en supuestos en los que pueda llegar a determinarse que, probablemente, la omisión resultó esencial respecto a la producción del resultado sin embargo, por las especiales características ausentes en el omitente o en los medios empleados o la ausencia de elementos subjetivos exigidos por el tipo, tampoco pueda hablarse de autoría.

Si aplicamos esta tesis a los casos de participación omisiva del superior jerárquico como garante que no controla la fuente de peligro asumida el resultado sería: la admisión de la participación omisiva en delitos de resultado pasa por la necesidad de que el tipo penal admita la construcción omisiva, el omitente infrinja un deber especial y exista una estricta equiparación entre el comportamiento activo de partícipe y el pasivo respecto al resultado consistente en no controlar o reestablecer el foco de peligro que genera el resultado. Para admitir la participación por omisión del garante se exige la demostración de que el foco de peligro no controlado es la causa del resultado y que la omisión sólo facilitó lo que de todas formas se hubiera producido.

Si la participación activa en un delito de resultado y, en especial, la complicidad, se fundamenta en el aumento -a través de la actuación no esencial- del riesgo de lesión del bien jurídico, el equivalente en la participación omisiva se traduce en la necesidad de demostrar que el garante con su omisión no restableció la fuente de peligro generada por la acción y en ese sentido facilitó la realización del resultado⁶².

Como puede observarse, aunque las premisas son aparentemente diferentes, la participación comisiva y la omisiva de garante se identifican en el plano valorativo. En la participación comisiva se exige, en concreto, que la acción contribuya a la realización del resultado, mientras que en la participación por omisión, hablamos de falta de control de un peligro ya iniciado para el bien jurídico. Esa ausencia de control es la que facilita el resultado ya que no puede saberse qué hubiera ocurrido en caso de una hipotética intervención debida del garante. De ahí que, si asimilamos la estructura de la participación omisiva y activa, existe una equivalencia absoluta entre el hecho de no dificultar de forma omisiva la acción y la correspondiente participación comisiva que facilita la producción del resultado.

5. Responsabilidad por omisión propia del mando ante el delito no perseguido

El segundo caso que debe resolver el legislador colombiano es la ausencia de reacción del superior frente a la conducta ilícita ya realizada por el subordinado, bien

62 Sobre la necesidad de plantear la equivalencia respecto a la cooperación necesaria y la complicidad. Vid. STS de 09/10/2000 (STLB _ 1344, TOL117.368).

por no haber promovido las investigaciones precedentes –Fuerza Pública- o por no “adoptar las decisiones correspondientes” –FARC-EP.

Frente a la complejidad y desacuerdo doctrinal sobre la participación por omisión del mando que no evita el resultado, aquí la tendencia mayoritaria tiende a considerar que la solución pasa por la creación de delitos de omisión propia.

Estamos ahora en el ámbito de la omisión por parte de los superiores jerárquicos relativa a la tarea de persecución de delitos cometidos por subordinados⁶³. Promover las investigaciones precedentes o adoptar las decisiones adecuadas sobre la persecución de delitos o de sus responsables significa iniciar o impulsar la acción de la justicia penal, poner en marcha la actuación de los mecanismos estatales encaminada a la investigación, esclarecimiento o enjuiciamiento de hechos indiciarios de la comisión de un delito, o el descubrimiento de los posibles intervinientes en el mismo en el caso de superiores militares o iniciar los mecanismos de investigación propios de las FARC-EP.

En Colombia, ante la imposibilidad de recurrir a los delitos de prevaricato por omisión del artículo 414 o el delito de favorecimiento del artículo 446 CPC⁶⁴, que además no admiten la modalidad culposa, es necesario tipificar un delito de omisión propia que se dirija tanto a tutelar la eficacia de la justicia penal, evitando la impunidad de los hechos delictivos no perseguidos, como el deber de contribuir a la realización de la justicia a través de los mecanismos existentes para las FARC-EP. En otras palabras, ese futuro delito de omisión del deber de promover las investigaciones precedentes para la persecución de delitos de los subordinados o del deber de “adoptar las decisiones correspondientes” castigaría al superior jerárquico por incumplir su obligación de iniciar o impulsar la acción de la justicia.

El ámbito de extensión de ese delito de omisión propia no comprende el delito flagrante sino el acabado de cometer o ya cometido hace tiempo, cualquiera que sea su forma de realización: así, un hecho consumado, realizado en grado de tentativa, o que pueda ser constitutivo de un acto preparatorio típico. Como delito de omisión propia, se sanciona al superior jerárquico que se abstiene de llevar a cabo la actuación que le es exigible, para facilitar el esclarecimiento o averiguación del delito de que tenga noticia, o de sus responsables. Una vez que es exigible para el sujeto cualificado, mando militar o de las FARC-EP, la realización de un determinado comportamiento persecutorio del hecho

63 POMARES CINTAS, ESTHER / PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Penal: Parte Especial. III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 171 y ss.

64 Sobre este asunto, más ampliamente, COTE-BARCO, GUSTAVO EMILIO, “Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la Fuerza Pública en Colombia: ¿convergencia entre el Derecho penal nacional e internacional?” en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá 49-112, 2016, p. 92.

con apariencia delictiva, la omisión típica consistirá entonces en abstenerse de llevarlo a cabo. Ahora bien, la omisión no se agota con la infracción del deber. Es necesario que la inactividad del sujeto obligado sea idónea para imposibilitar la averiguación, esclarecimiento o investigación del hecho indiciario de delito o de los posibles implicados en el mismo, obstaculizando un hipotético proceso penal, y por ende, la viabilidad de la tutela judicial efectiva o una sanción para los miembros de las FARC-EP.

Como delito de omisión propia se consume en el instante en el que el omitente se abstiene de realizar la actividad persecutoria a que está obligado, es decir, desde que advierte la comisión de un hecho indiciariamente constitutivo de delito y tiene la posibilidad de iniciar o facilitar su persecución. Es un delito de simple inactividad porque no requiere, para su consumación, un resultado posterior a la infracción del deber de actuar, ni extiende la responsabilidad al delito no perseguido. Por estas razones, este delito es de consumación instantánea.

Otra cuestión relevante es si se sanciona la modalidad dolosa e imprudente o sólo la dolosa. ¿Debe castigarse cualquier caso en el que se deja de promover la persecución de delitos o de sus responsables o exclusivamente cuando sea intencional? La realidad es que la legislación nacional no suele sancionar la realización imprudente de este comportamiento omisivo, y, en consecuencia, quedaría impune. De otra parte, el dolo, que ha de abarcar los elementos objetivos del tipo, debe apreciarse en el momento en que el sujeto activo omite realizar la conducta exigida. Hay que acreditar que, en tal momento, el superior omitente tiene constancia de la existencia de indicios de delito en la conducta llevada a cabo por sus subordinados y es consciente de que no lleva a cabo la actividad persecutoria que le es exigible, sabiendo que tiene competencia para realizarla por razón de su cargo y la posibilidad de hacerlo. Se abstiene, además, con la finalidad de incumplir su deber de colaborar en la averiguación o esclarecimiento de los hechos de que se trate.

Puede plantearse qué ocurriría si los superiores jerárquicos también intervinieran, como autores o partícipes, en el delito no perseguido. En ese caso, ¿serían responsables de ambos delitos? En estas situaciones, siendo indiferente que hablemos de un mando militar o no, el deber decae si interviene, como autor o partícipe (por acción u omisión), en el delito no perseguido. Responderá por ese delito pero no por abstenerse de perseguirlo. En suma, como señala la STS 1391/2003, 14-11 (Tol 352337), “Es de todo punto imposible condenar a una persona por no instar la persecución de delitos por ella cometidos”, de lo contrario, sería exigible también un deber de autodenuncia, y ello contraviene abiertamente el derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, derivado del principio de presunción de inocencia (art. 24.2 CE):

omitir poner en conocimiento un delito en el que se ha intervenido es, por tanto, una forma lícita de autoencubrimiento [véase también, SSTS 1699/2001, 1-10 (Tol 66656), 17/2005, 3-2 (Tol 646484)]. En conclusión, a la hora de imputar este delito a quien tiene encomendada, por razón de sus funciones, la obligación de promover la persecución de delitos, es necesario descartar su intervención en el delito que no persigue.

Bibliografía

- AMBOS, KAI, "La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, 2005.
- AMBOS, KAI, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Duncker and Humblot, Berlin, 2002.
- AMBOS, KAI, "La responsabilidad del superior en Derecho penal internacional" *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, Vol. LII, 1999.
- ANDROULAKIS, NIKOLAOS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München, Beck, 1963.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Delitos improprios de omisión*, Bogotá, Dykinson, 2006.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, "La 'ayuda omisiva' al suicidio y la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo penal en la dogmática española", en *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios de Derecho penal: Parte General*, Madrid, Akal, 1990.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, "Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, 1970.
- BÄRWINKEL, VON RICHARD, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1968.
- BAUMANN, JÜRGEN/WEBER, Ulrich, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Gieseking, 1985.
- BLEI, HERMANN, *Strafrecht I: Allgemeiner Teil*, München, Aufl, 1983.
- BLEI, HERMANN, "Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen", en *Mayer-Festschrift*, Berlin, 1966.
- BLOY, RENE, "Anstiftung durch Unterlassen?", en *Juris Allianz*, 1987.
- BLOY, RENE, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985.
- BOCKELMANN, PAUL, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, München, Beck, 1975.
- BÖHM, ALEXANDER, *Die Rechtspflichten zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten*,

Frankfurt, Disseration, 1957.

BUSSE, KLAUS-HENNING, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Göttingen, Diss, 1974.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, Barcelona, 1994.

CEREZO MIR, JOSÉ, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, Tecnos, 1993.

CEREZO MIR, JOSÉ *Curso de Derecho Penal Español: Parte General II*, Madrid, Tecnos, 1990.

COTE-BARCO, GUSTAVO EMILIO, "Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la Fuerza Pública en Colombia: ¿convergencia entre el Derecho penal nacional e internacional?" en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá 49-112, 2016

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*, España, 1992.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, "Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión: ¿Un caso de dolo alternativo?", en *Consejo General del Poder Judicial*, n.24, Madrid, 1991.

DOBON, ALASTUEY, "Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, septiembre-diciembre, España, 1992.

DREHER, EDUARD/TRÖNDLE, HERBERT, *Strafgesetzbuch und Nebengesätze*, München, Beck, 1991.

ESER, ALBIN, *Strafrecht II*, Freiburg, Beck, 1990.

FARALDO CABANA, PATRICIA, "La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código penal español", En ANITUA, G. I., y otros (Coords.), *Derecho Penal Internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*, Buenos Aires, 2012.

FARALDO CABANA, PATRICIA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

FIANDACA, GIOVANNI, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, A. Giuffre, 1979.

FRANK, RICHARD, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen, Mohr Verlag, 1931.

FREUND, GEORGE, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Köln – Berlin - Bonn - München, Heymann, 1992.

- GALLAS, WILHELM, "Studien zum Unterlassungsdelikt", en *Heidelberg Forum*, Vol. 59, R.V. Decker & C.F. Müller, Deutschland, 1989.
- GEILEN, GERD, «Garantenpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft», en *FamRZ*, Deutschland, 1961.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Estudios sobre el delito de omisión*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F, 2003.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, "Recensión al libro de Bacigalupo, 'Delitos impropios de omisión'", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, 1970.
- GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, Civitas, 1984.
- GÓMEZ RIVERO, MARÍA DEL CARMEN, *La inducción a cometer el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- GRACIA MARTÍN, LUIS, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: Vida humana independiente y libertad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- GRÜNWALD, GERALD, "Die Beteiligung durch Unterlassen", *GA*, 1959,
- GRÜNWALD, GERALD, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, Göttingen, 1956.
- HERZBERG, ROLF DIETRICH, *Die Unterlasung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, Walter de Gruyter, 1972.
- HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, 1987.
- HUERTA TOCILDO, SUSANA, "Injerencia y art. 489 bis, 3 CP", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, 1985.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Competencia por organización en el delito omisivo*, en Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994.
- JAKOBS, GÜNTHER. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Berlin - New York, Aufl, 1991.
- JAKOBS, GÜNTHER. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Berlin - New York, Aufl, 1983.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH, "Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho Comparado", en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1991.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH *Tratado de Derecho Penal: Parte general*, Granada, Bosch, 1993.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH/GOLDMANN HEINZ GERD, "Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht", en *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des directors einer englischen Limited (ZStW)*, n. 77, Centaurus Verlag & Media UG, 1965.

- JOERDEN, JAN C., *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriff: Relationen und ihre Verkettungen*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1988.
- KAUFMANN ARMIN, „Die ontologische Struktur der Handlung“, en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin, 1966.
- KAUFMANN, ARMIN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Deutschland, Göttingen, 1959.
- KIELWEIN, GERHARD, „Unterlassung und Teilnahme“, en GA, Berlin, 1955.
- KIENAPFEL, DIETHELM, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Berlin - New York, Aufl, 1984.
- KÖHLER, MICHAEL, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, Heidelberg, Aufl, 1983.
- LACKNER, KARL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, Beck, 1991.
- LAMPE, Ernst-Joachim, „Die Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht“, en *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des directors einer englischen Limited (ZStW)*, n. 79, 1967.
- LÓPEZ PEREGRÍN, MARÍA DEL CARMEN, *La complicidad en el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Lecciones de Derecho penal: Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, „La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo“, en *Estudios Penales*, Barcelona, 1991.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, „Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro“, Comentario a la STS 24-4-1974, en *Derecho Penal de la Circulación*, 1985.
- LÜDERSSEN, KLAUS, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Deutschland, Nomos Verl.-Ges, 1967.
- MAIWALD, MANFRED, „Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte“, en *Juristische Schulung*, 1981.
- MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, *Los delitos de propia mano*, Madrid, Tecnos, 1992.
- MAURACH, REINHART/GRÖSSEL, KARL-HEINZ/ZIPF, HEINZ, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Heidelberg, Aufl, 1989.
- MAURACH, REINHART/GRÖSSEL, KARL-HEINZ/ZIPF, HEINZ, *Strafrecht: Allgemeiner Teil II*, Heidelberg, Aufl, 1989.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal: Parte General*, Barcelona, PPUSA, 1998.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal: Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO/HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Derecho Penal: Parte General*, Madrid, Editorial Rafael Castellanos, 1986.

- OTTO, HARRO, *Grundkurs Strafrecht*, Berlin-New York, Aufl, 1982.
- OTTO, HARRO, "Anstiftung und Beihilfe", en *Juristische Schulung*, 1982.
- PFANDER, HANS, *Die Rechtspflicht zum Handeln aus Vertrag beim unechten Unterlassungsdelikt*, Basel, Diss, 1967.
- POMARES CINTAS, ESTHER/PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Penal: Parte Especial. III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Derecho Penal: Parte General*, Barcelona, 1986.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO/MORALES PRATS, FERMÍN/PRATS CANUT, JOSEF MIGUEL, *Manual de Derecho Penal: Parte general*, Pamplona, Aranzadi, 1999.
- RANFT, OTFRIED, «Das garantispflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 97, Alemania, 1985.
- RANFT, OTFRIED, "Garantipflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 94, Alemania, 1982.
- ROBLES PLANAS, RICARDO, *Garantes y cómplices: La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, Atelier, 2007.
- RODRÍGUEZ MESA, MARÍA JOSÉ, *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Navarra, Aranzadi, 2005.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, "La cláusula general sobre la comisión por omisión", en *Libro Homenaje a la memoria del Prof. Juan Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 1993.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, Tecnos, 1966.
- DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, "Sobre los elementos del hecho típico en la inducción", en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 40, 1990.
- ROXIN, CLAUS, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin, 1989.
- ROXIN, CLAUS, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin, 1984.
- ROXIN, CLAUS, en *LK*, parág.27.
- RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Ringeinband, 1981.
- RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, Otto Schwartz, 1966.
- RUDOLPHI, HANS-JOACHIM/HORN, ECKHARD/SAMSON, ERICH/SCHREIBER, HANS LUDWING, *Systematischer Kommentar Zum Strafgetzbuch*, Berlin, Aufl, 1975.
- RUEDA MARTIN, MARÍA ÁNGELES, "Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal. Comentario a la STS nº. 832/2013, de 16

de diciembre de 2013”, en *InDret*, Vol. 1, 2015.

RUEDA MARTIN, MARÍA ÁNGELES, *¿Participación por omisión?: Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Barcelona, Atelier, 2013.

RUÍZ ANTÓN, LUIS FELIPE, “El agente provocador en el Derecho penal”, en *Colección de Criminología y Derecho penal*, Vol. 29, Universidad Complutense de Madrid, 1982

SAMSON, ERICH, *Hypothetische Kausalverläufe Im Strafrecht*, Universität, Habil-Schr., Frankfurt am Main, 1972.

SAMSON, ERICH, *Strafrecht I*, Frankfurt a Main, Aufl, 1985.

SGUBBI, FILIPPO, *La responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.

SCHMIDHÄUSER, EBERHARD, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Tübingen, Aufl, 1984.

SCHMIDHÄUSER, EBERHARD, *Strafrecht: Allgemeiner Teil (Lehrbuch)*, Tübingen, Aufl, 1975.

SCHMIDHÄUSER, EBERHARD, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Tübingen, Aufl, 1975.

SCHMIDHÄUSER, EBERHARD, *SK (RUDOLPHI)*, Frankfurt, 1991, parágrafo 13.

SCHÖNKE, ADOLF/SCHRÖDER, HORST/STREE WALTER, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, München, Beck, 1988.

SCHÖNKE, ADOLF/SCHRÖDER, HORST/CRAMER, PETER, *Strafgesetzbuch: StGB*, n.90-95, München, Beck, 1982.

SCHULTZ, MICHAEL, “Aufhebung von Garantstellungen und Beteiligung durch Unterlassen”, en *NJW*, 1984.

SCHÜNEMANN, BERNARD, “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania”, en *Omisión e Imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid, 1994.

SCHÜNEMANN, BERND, “Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 96, Alemania, 1984.

SCHÜNEMANN, BERNARD, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, O. Schwartz, 1971.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, n.2, Barcelona, 1992.

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*, n.38, 1989.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *El delito de omisión: Concepto y sistema*, Barcelona, B de F, 1986.

- SOWADA, CHRISTOPH, „Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt“, en *Jura*, 1986.
- SPENDEL, GÜNTER, “Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte”, en *JuristenZeitung*, n. 5/6, 9 Marzo, Alemania, 1973.
- STEIN, ULRICH, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988.
- STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho Penal: Parte General I*, Madrid, Edersa, 1982.
- STRATENWERTH, GÜNTER, *Schweizerisches Strafrecht: Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, Zürich, Stämpfli Verlag AG Bern, 1982.
- STRATENWERTH, GÜNTER, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Zürich, Stämpfli Verlag AG Bern, 1981.
- STREE, WALTER, “Garantenstellung kraft Übernahme”, en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin, 1966.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General*. Bogotá, Temis, 2016.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, Bogotá, Temis, 2010.
- VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR/COBO DEL ROSAL, MANUEL, *Derecho Penal: Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.
- WEIGEND, THOMAS, *Strafgesetzbuch*, München, Beck, 2013.
- WELP, JÜRGEN, *Vorangegangenes Tun als Grundlage der Handlungsäquivalenz einer Unterlassung*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1968.
- WESSELS, JOHANNES, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Heidelberg, Aufl, 1990.
- WESSELS, JOHANNES, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Heidelberg, Aufl, 1986.
- WELZEL, HANS, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, Aufl, 1969.
- WOERNER, LOTHAR, *Täterschaft und Teilnahme beim unechten Unterlassungsdelikt*, Diss. Tübingen, 1958.
- WOLFF, ERNST AMADEUS, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, Heidelberg, Winter, 1965.
- ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, “Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código Penal”, en Cuadernos de Política Criminal, n.24, 1984.