

**DERECHO PENAL PARTE GENERAL:
ESPECIAL REFERENCIA A LA
OMISIÓN Y A LA
CONSECUENCIA JURÍDICA**

TIFFANY SÁNCHEZ-CABEZUDO RINA

**DERECHO PENAL PARTE GENERAL:
ESPECIAL REFERENCIA A LA
OMISIÓN Y A LA
CONSECUENCIA JURÍDICA**

CEDEU

Editorial Síndéresis

1ª edición, 2022

© Tiffany Sánchez-Cabezudo Rina

© 2022, editorial Sínderesis

Venancio Martín, 45 – 28038 Madrid, España

Rua Diogo Botelho, 1327 – 4169-004 Porto, Portugal

info@editorialsinderesis.com

www.editorialsinderesis.com

ISBN: 978-84-19199-45-4

Depósito legal: M-27986-2022

Produce: Óscar Alba Ramos

Impreso en España / Printed in Spain

Reservado todos los derechos. De acuerdo con lo dispuesto en el código Penal, podrán ser castigados con penas de multa y privación de libertad quienes, sin la preceptiva autorización, reproduzcan o plagien, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte.

ÍNDICE

I. LA TIPICIDAD	11
1. EL DELITO DE OMISIÓN	13
1. INTRODUCCIÓN.....	13
2. OMISIÓN PROPIA.....	14
3. OMISIÓN IMPROPIA.....	16
4. LA TENTATIVA EN LA OMISIÓN.....	22
2. ITER CRIMINIS (I): FASE INTERNA DEL DELITO	25
1. FASE INTERNA DEL DELITO.....	25
2. FASE INTERMEDIA DEL DELITO.....	27
3. ITER CRIMINIS (II): FASE DE EJECUCIÓN	41
1. INTRODUCCIÓN.....	41
2. LA TENTATIVA.....	42
3. EL DESISTIMIENTO.....	51
4. CONSUMACIÓN.....	57
4. AUTORÍA	59
1. INTRODUCCIÓN.....	59
2. AUTOR ÚNICO.....	60
3. AUTOR MEDIATO.....	60
4. COAUTORES.....	62
5. AUTORÍA EN LOS DELITOS COMETIDOS POR MEDIOS O SOPORTES DE DIFUSIÓN MECÁNICA.....	69
5. LA PARTICIPACIÓN	71
1. EL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD.....	71
2. COOPERADOR NECESARIO.....	72
3. LA INDUCCIÓN.....	73
4. COMPLICIDAD.....	76

5. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD: DELITOS ESPECIALES.....	77
6. DELITO IMPRUDENTE	79
1. INTRODUCCIÓN.....	79
2. CONCEPTO DE IMPRUDENCIA	80
3. ELEMENTOS DE LA IMPRUDENCIA	82
4. CLASES DE IMPRUDENCIA	83
5. DOGMÁTICA DEL DELITO IMPRUDENTE.....	87
II. ANTIJURIDICIDAD	91
7. TEORÍA GENERAL DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN (I). LA LEGÍTIMA DEFENSA.....	93
1. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: CONCEPTO Y FUNDAMENTO	93
2. EFECTOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	94
3. DISCUSIÓN SOBRE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	95
4. ERROR EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	96
5. LEGÍTIMA DEFENSA.....	99
8. TEORÍA GENERAL DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN (II). EL ESTADO DE NECESIDAD Y OBRAR EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EN EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO OFICIO O CARGO	107
1. ESTADO DE NECESIDAD	107
2. OBRAR EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER, EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO OFICIO O CARGO.....	113
3. EL CONSENTIMIENTO.....	118
III. CULPABILIDAD.....	119
9. LA CULPABILIDAD Y LA INIMPUTABILIDAD (I): ESPECIAL REFERENCIA A LA MINORÍA DE EDAD.....	121
1. CONCEPTO.....	121

2. ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE LA CULPABILIDAD.....	122
3. CULPABILIDAD Y PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA.....	123
4. LA IMPUTABILIDAD	124
5. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE INIMPUTABILIDAD	125
6. MINORÍA DE EDAD	126
10. LA CULPABILIDAD Y LA IMPUTABILIDAD (II)	135
1. ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA.....	135
2. TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO	137
3. INTOXICACIÓN PLENA Y SÍNDROME DE ABSTINENCIA.....	139
4. ALTERACIÓN DE LA PERCEPCIÓN DE LA REALIDAD.....	143
5. ACTIO LIBERA IN CAUSA.....	145
11. LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD Y EL MIEDO INSUPERABLE.....	147
1. EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD.....	147
2. ERROR DE PROHIBICIÓN.....	148
3. EL MIEDO INSUPERABLE	154
12. LA PUNIBILIDAD	157
1. CONCEPTO DE PUNIBILIDAD	157
2. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	158
3. CONDICIONES OBJETIVAS DE PERSEGUIBILIDAD O PRESUPUESTOS DE PROCEDIBILIDAD.....	159
4. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	160
13. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	165
1. CONCEPTO	165
2. NATURALEZA Y EFECTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS.....	165
3. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.....	168

4. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES	176
5. LA CIRCUNSTANCIA MIXTA	185
14. CONCURSO DE DELITOS	187
1. CONCURSO DE LEYES Y CONCURSO DE DELITOS	187
2. CONCURSO REAL	189
3. CONCURSO IDEAL	191
4. CONCURSO MEDIAL.....	192
5. DELITO CONTINUADO Y DELITO MASA	193
15. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (I).....	197
1. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS	197
2. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD	202
3. LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.....	202
4. LA PENA DE PRISIÓN.....	206
5. LOCALIZACIÓN PERMANENTE.....	208
6. RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA	209
7. CÓMPUTO.....	210
16. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (II).....	211
1. SUSPENSIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.....	211
2. SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.....	219
3. LIBERTAD CONDICIONAL.....	222
17. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS	227
1. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	227
2. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS.....	236
18. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL	241
1. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA	241
2. REGLAS ESPECÍFICAS	244
19. LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO	249

1. EXTINCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL	249
2. CANCELACIÓN DE LOS ANTECEDENTES PENALES	256
3. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO	257
BIBLIOGRAFÍA	265

I. LA TIPICIDAD

1. EL DELITO DE OMISIÓN

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Omisión propia / 3. Omisión impropia / 4. La tentativa en la omisión

1. INTRODUCCIÓN

Según el artículo 10 del Código Penal «son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley». De este precepto extraemos que el delito puede cometerse mediante acción u omisión. La acción puede ser definida como una conducta humana externa dominada por la voluntad del hombre, que aparece tras la fase interna de ideación, deliberación y resolución. Por su parte, la omisión puede ser definida como la no realización de la conducta que el legislador espera que el ciudadano lleve a cabo, es decir, la infracción de un hacer algo¹.

El origen del castigo de la omisión no es claro, Jiménez de Asúa² mantenía que en el Derecho Romano ya se encontraban algunas muestras de tales delitos, y en las Siete Partidas –cuerpo de normas redactado durante el reinado de Alfonso X–, concretamente en la Ley 16, Título VIII, Partida 7^a

se castigaba a los siervos y sirvientes que, viendo como mataban a los señores o a sus hijos, y pudiendo hacerlo, no los socorrieran o cuando, pudiendo ayudar al señor con sus manos se limitaban a dar voces para que otros los socorriesen, o incluso cuando el señor pretendía quitarse la vida o matar a su mujer³.

En la actualidad, nuestro Derecho Penal castiga tanto los delitos de acción como los delitos de omisión. Dentro de los delitos de omisión nos encontramos con los delitos de omisión pura o propia, que son los que hemos de-

¹ CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2021, pág. 197.

² LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, 2015, pág. 171, cita a JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *La Ley y el delito. Principios de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1967.

³ LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General, Op. Cit.* pág. 171.

finido, y los delitos de omisión impropia, llamados también comisión por omisión.

Si los delitos de acción son una conducta en la que el sujeto hace algo que está prohibido, y el delito de omisión es una infracción del deber de mandato, en el delito de comisión por omisión el sujeto que comete el delito tiene un deber de garante, es decir, un deber de evitar el resultado cuya producción como dice Luzón Cuesta, «pertenece al tipo y el que vulnera su deber de evitarlo»⁴, castigándose al sujeto por la producción del resultado típico⁵. En palabras del Tribunal Supremo, en el delito de comisión por omisión «el sujeto disponiendo de la posibilidad de actuar y siéndole exigible hacerlo, se inhibe voluntariamente de desplegar la conducta debida»⁶.

2. OMISIÓN PROPIA

2.1. Introducción

Cuello Contreras y Mapelli Caffarena diferencian el delito de omisión propia del delito de omisión impropia señalando que, a veces el legislador castiga el delito de omisión –como sería con el caso del artículo 195 del Código Penal en el que se recoge la omisión del deber de socorro–, y la omisión del deber de impedir la comisión de ciertos delitos, –regulado en el artículo 450 del Código Penal–, considerando que se «habla de delito de omisión propia para destacar que lo que se imputa es una omisión, no un resultado, por ejemplo, a quien omitió el deber de socorro respecto a alguien que después murió víctima del accidente no se le imputa la muerte, sino la mera omisión del deber de socorro»⁷.

⁴ LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General, Op. Cit.*, pág. 125.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M. “El delito de omisión”, *Revista de Derecho*, núm. 1, 1994, pág. 53.

⁶ STS 1991/2022, de 18 de mayo.

⁷ CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General, Op. Cit.*, pág. 202.

2.2. Concepto de omisión

El delito de omisión no es una mera pasividad del sujeto, no se necesita para cometerlo que el sujeto se quede quieto e impasible ante una situación de riesgo, sino que se requiere que el sujeto, teniendo capacidad para actuar, realiza una conducta distinta a la que el legislador espera que se produzca. El ejemplo más recurrente recogido en el Código Penal es el del artículo 195, en el que se señala que «el que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio o de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses».

El fundamento del delito de omisión se encuentra en el deber de solidaridad que existe entre los seres humanos de ayudarse ante una situación de riesgo o de peligro, o inclusive de delito (artículo 450 del CP). De esta forma, el bien jurídico protegido es considerado en el delito de omisión, «el deber de solidaridad humana que se eleva al rango de deber jurídico, castigándose la indiferencia del sujeto activo ante una situación de peligro»⁸.

2.3. Requisitos para su existencia

Para que concurra el delito de omisión, no es exigible que el sujeto activo tenga un conocimiento y comprensión exhaustiva del deber que se está infringiendo, basta que conozca el deber de actuar y tenga capacidad para ello. Veamos un ejemplo, una persona que está viendo como otra se está ahogando en el río y no hace nada por ayudarle, o bien, en solicitar ayuda.

Siguiendo al Tribunal Supremo, sería necesario en primer lugar que el sujeto pasivo se encuentre en una situación de peligro manifiesto y grave, y que además sea conocida por el sujeto activo (aunque desconozca la obligación o inclusive que no la comprenda), teniendo la posibilidad de actuar sin riesgo propio o de un tercero, o que no tenga posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado en caso de ayudar a la víctima. Manteniéndonos con este mismo ejemplo, el Tribunal Supremo señala que es necesario

⁸ STS 751/2022, de 24 de febrero.

además «una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente, y una culpabilidad constituida por la posibilidad que tenía el sujeto activo de actuar»⁹.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, podemos extraer como requisito que el sujeto que omite la conducta tenga una capacidad física-objetiva y una capacidad físico-subjetiva de poder actuar, representándose en su mente *ex ante* que si actúa evitaría el resultado¹⁰. No se puede hablar de omisión cuando una paseante en una montaña se encuentra con otro al que le está dando un infarto y no puede hacer nada, aunque a 100 metros haya un puesto de socorro, pero que el omitente desconoce.

Por último, en lo que se refiere al tipo subjetivo¹¹, la existencia de dolo en el delito de omisión requiere que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, teniendo certeza de la necesidad de ayuda, lo cual se hablaría de dolo directo o de primer grado. Sin embargo, es posible hablar de un delito de omisión en el que se cometa por dolo eventual, cuando el sujeto prevea como probable la concurrencia de la situación de peligro, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva¹².

3. OMISIÓN IMPROPIA

3.1. La omisión impropia o comisión por omisión

El artículo 11 del Código Penal señala que:

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

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ PÉREZ ALONSO, E. *Derecho Penal, Parte General*, B de F, 2022, págs. 199-2015.

¹¹ BARBERO SANTOS, M. “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstractos”, *Anuario de Derecho Penal y ciencias Penales*, 1973, págs. 487-498.

¹² STS 1215/2022, de 24 de marzo.

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

b) *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.*

El precepto que acabamos de exponer recoge que; se castiga el *no hacer* del sujeto cuando estaba obligado a actuar, y dicho castigo se produce como si se tratara de una conducta activa, es decir, como si el sujeto lo hubiera producido. En otras palabras, a veces el resultado que se tipifica en el Código Penal puede cometerse, no porque el sujeto haya realizado una acción, sino porque podía haberlo evitado.

Para que el resultado sea imputado a quien no hizo nada por impedirlo es necesario que, por un lado, la omisión equivalga a la causación, es lo que se denomina la cláusula de la equiparación. Por otro lado, que el sujeto omitente tuviera la posición de garante.

En último lugar, sería necesario establecer un nexo causal, en términos de imputación objetiva, entre la omisión del sujeto y el resultado producido. En otras palabras, se debe de responder afirmativamente a ¿el resultado es imputable objetivamente a la omisión del sujeto activo? Dice el Tribunal Supremo que, «cuando se trata de concluir ese enlace causal, ya no se trata de proclamar una causalidad real entre la omisión y el resultado, sino de formular una causalidad potencial respecto de una acción, que no se ha llevado a cabo»¹³.

3.2. Posición de garante

Nos centramos en la posición de garante, que se produce cuando el sujeto tiene el deber jurídico específico de evitar un resultado. Pero ¿de dónde procede ese deber jurídico de evitar el resultado?

¹³ *Ibidem.*

Kaufmann¹⁴ señala que la posición de garante nace, del mandato de protección de un bien jurídico determinado respecto de cualquier peligro, y del mandato de supervisión de determinada fuente de peligro.

Por su parte, Roxin diferencia entre los que tienen el deber de evitar un resultado dañoso, y los que tienen el deber de control o vigilancia de una fuente de peligro¹⁵.

Nosotros vamos a estudiar la posición de garante desde este modelo bipartito, la cual consideramos que nace; «del deber de controlar una fuente de peligro, y del deber de proteger los bienes jurídicos que se encuentran en peligro»¹⁶.

A. Deber de controlar una fuente de peligro

En este caso, la posición de garante puede producirse de:

- El deber de controlar una fuente de peligro que se encuentra bajo el dominio del sujeto.
- El deber de vigilancia para que los terceros no causen un daño, y en caso de que lo hagan, se actúe.
- Y, por último, la posición denominada el garante por injerencia.

En el primer caso, –el deber de controlar la fuente de peligro cuyo bien se encuentra bajo su dominio–, tenemos a los dueños de los animales, a los titulares de las empresas, industrias o maquinarias peligrosas o contaminantes, de cuya actuación depende que no se produzca el daño. No se trata, según señala Rudolphi y Schunemann de realizar acciones de salvamento necesarias como consecuencia de un peligro que no se ha previsto¹⁷, por ejemplo, cuando se ha caído un árbol de la finca de una persona sin que el dueño pudiera hacer nada por evitarlo, no se le puede castigar por el daño que haya podido ocasionar al viandante que pasaba en ese momento y que la caída del árbol le ha causado lesiones.

¹⁴ KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 289.

¹⁵ ROXIN, C., *Derecho penal, parte general, tomo II: especiales formas de aparición del delito*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 857.

¹⁶ REZZONICO, D. “La posición de garante por injerencia”, *Urbe et ius*, pág. 2.

¹⁷ CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2021, pág. 202.

En el segundo caso, nos encontramos en el deber de evitar un comportamiento delictivo de otro que se encuentra bajo su dirección o tutela, por ejemplo, los dueños de las empresas que deben de cuidar de posibles delitos que puedan cometer sus empleados, o en el caso de los inimputables, como menores o enfermos mentales¹⁸. Se añade también por Cuello Contreras y Mapelli Caffarena, el deber de garante de las relaciones de pareja, en la que cada uno tiene la obligación de evitar el hecho delictivo de otro, aunque esto es bastante discutido.

El tercer caso ha sido denominado por la doctrina «el garante por injerencia». Esta teoría ha sido bastante controvertida, ya que los que lo defienden señalan que, se encuentra en una posición de garante aquella persona que crea un peligro, castigándose cuando no hace nada para que el resultado lesivo no se produzca. Pongamos un ejemplo para entenderlo mejor, el conductor de un vehículo que atropella imprudentemente a un ciclista y lo deja tirado en la carretera. En este caso, el conductor tiene la obligación de socorrer al ciclista, ya que, según la teoría de la injerencia, se encuentra en la posición de garante para evitar un resultado lesivo mayor, como la muerte o lesiones más graves. Sin embargo, la doctrina está dividida entre los que consideran que se debe de castigar, en este caso, al conductor del vehículo como autor de un homicidio doloso por omisión, mientras que otra posición señala que debería de concurrir, al producirse el hecho por una conducta imprudente, el delito culposo con el doloso de omisión de socorro. Nuestra jurisprudencia ha admitido la comisión por omisión dolosa.

B. Deber de proteger bienes jurídicos en peligro

Aquí surgen unos deberes de vinculación fruto de las relaciones familiares, sociales, institucionales o profesionales.

En primer lugar, tenemos el deber de protección dentro de una relación familiar, que es el más característico. Se trata de una posición de garante entre los parientes que nace cuando hay hijos pequeños que dependen de

¹⁸ LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General, Op. Cit.*, pág. 171, cita a BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal español. Parte General*, Barcelona, 1989.

los padres, o familiares que cuidan de otros que tienen problemas para valerse por sí mismos.

El Tribunal Supremo contempla el deber de garante en las relaciones familiares, basándose en el artículo 143 del Código Civil¹⁹. Desde la perspectiva de la teoría formal del deber jurídico, cobra pleno significado el precepto antes mencionado, y que impone a los familiares el deber de ayudarse cuando se encuentran en una situación de necesidad. Esta posición de garante se une cuando un familiar depende de otro, por ejemplo, un hermano que no puede valerse por sí mismo y depende el otro con el que convive.

En segundo lugar, nos encontramos con el deber de garante dentro de las relaciones institucionales como señala Cuello Contreras y Mapelli Caffarena, «los órganos de una persona jurídica de Derecho privado o público están obligados como garantes frente a los daños que los bienes de la persona jurídica pueden sufrir, debido a que al no poderlo hacer la propia persona jurídica lo deben hacer sus representantes»²⁰. Se encuentra también, siguiendo a Luzón Cuesta, el caso de las relaciones comunitarias, como puede ser el grupo de alpinistas, siendo uno garante respecto de los demás, y siendo obligatorio, como dice el autor, «que tal comunidad haya sido voluntariamente asumida», es decir, no existe tal obligación de garante cuando nos encontramos en una situación de naufragio o terremoto²¹.

En tercer y último lugar nos hallamos con aquellos sujetos²² que se encuentran en una posición de garante porque se han comprometido voluntariamente. Dentro de este grupo tenemos varios supuestos: Aquellos que se han obligado a actuar ante una situación de peligro, por ejemplo, el socorrista de la piscina, y aquellos el que una persona por mutuo propio decide a ayudar a otra persona que lo necesita, por ejemplo, un accidentado²³.

¹⁹ Este precepto se refiere a los deberes de alimentos entre parientes.

²⁰ CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General, Op. Cit.*, págs. 204-205.

²¹ LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General, Op. Cit.*, pág. 176.

²² ARAUZ ULLÓA, M. “La omisión, comisión por omisión y posición de garante”, *Encuentro*, núm. 54, 2000, pág. 36-38.

²³ REZZONICO, M. D. “La posición de garante por injerencia”, *Op. Cit.*, pág. 3.

3.3. *Omisión dolosa y la omisión imprudente*

Debemos hacer una pequeña distinción entre la omisión dolosa y la imprudente. La omisión dolosa se produce cuando el sujeto sabiendo que puede evitar un resultado dañoso no lo hace o lleva a cabo una conducta distinta a la que tendría la obligación de realizar, por ejemplo, la mujer que observa como su marido se está ahogando y no hace nada por ayudarlo.

Por su parte, la omisión imprudente se produce cuando, por ejemplo, una pareja de hermanos que viven juntos, en el que uno de ellos no puede valerse por sí mismo, siendo el otro hermano el que tiene que velar por él y prestarle la ayuda necesaria, sin embargo, no adopta ninguna medida ni por él ni por terceras personas, que le permita llevar a cabo las más mínimas atenciones²⁴.

3.4. *Autoría y participación en la omisión*

Determinar quién es el autor en la omisión es bastante claro, aquel sujeto que encontrándose en una posición de garante no evita el resultado. Sin embargo, los problemas se ocasionan en el campo de la participación.

Siguiendo a Cuello Contreras y Mapelli Caffarena, «la autoría mediata por omisión no sería permitida ya que la instrumentalización característica de este tipo de autoría no es compatible con la autoría por omisión». Sin embargo, sí se permite la complicidad, por ejemplo, la madre que conocedora de los abusos sexuales del padre a la hija, no hace nada para impedirlo²⁵.

Por último, ambos autores, así como Luzón Cuesta coinciden en la participación activa en el comportamiento omisivo, ya sea por inducción o por complicidad, por ejemplo, el copiloto de un automóvil que induce al conductor a abandonar al sujeto que han atropellado²⁶.

²⁴ STS 135/2018, 21 de Marzo.

²⁵ CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General, Op. Cit.*, págs. 204-205.

²⁶ LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General, Op. Cit.*, pág. 176.

4. LA TENTATIVA EN LA OMISIÓN

El artículo 16 del Código Penal recoge la tentativa voluntaria e involuntaria de la siguiente manera:

1. *Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.*
2. *Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.*
3. *Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.*

En el caso de la omisión pura la tentativa se origina cuando el sujeto decide no actuar, no logrando evitar el resultado que la norma quiere que no se produzca. A diferencia de la acción, el tramo que hay entre la tentativa acabada y la inacabada es menor, como señalan Cuello Contreras y Mapelli Caffarena²⁷. Como ejemplo podemos exponer uno muy utilizado, el guardagujas que con la finalidad de que dos trenes choquen, no baja la valla, respondiendo por tentativa como señalan ambos autores, desde el momento en el que ya no pueda evitar el resultado por mucho que quiera hacerlo²⁸.

Siguiendo la estructura del precepto anteriormente expuesto, nos encontraríamos ante el primer apartado, cuando el compañero del guardagujas

²⁷ CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General, Op. Cit.*, págs. 207.

²⁸ *Ibidem*.

se percata de la situación y levanta las barreras siendo todavía posible, evitando la colisión. Así mismo, el resultado no se produce por causas independientes a la voluntad del autor, es decir, hay desistimiento involuntario²⁹.

Por otro lado, nos encontraríamos en el supuesto del artículo 16.2 cuando el guardagujas decide no levantarlas con la finalidad de que se produzca una catástrofe, sin embargo, cuando todavía puede hacerlo, cambia de opinión y levanta las barreras. En este caso nos encontramos ante un desistimiento voluntario.

En la omisión impropia, serán tentativa «todas aquellas omisiones ya no susceptibles de remedio mediante realización de la acción debida que no hayan impedido el resultado no por omisión sino por cualquier otra circunstancia ajena a la voluntad del omitente»³⁰.

²⁹ LUIS OVALLE, G. “La tentativa inidónea en los delitos de omisión propios en el Código Penal español”, *Revista chilena de Derecho Penal*, núm. 1, 2003, págs. 23-37.

³⁰ CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General, Op. Cit.*, pág. 207.