



Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica

ISSN: 0120-8942

Universidad de la Sabana

Pérez-Duharte, Arlín

LA DETERMINACIÓN DE AUTORES EN LOS DELITOS ECONÓMICOS Y EMPRESARIALES.
VARIAS IDEAS DE SOLUCIONES Y VARIOS PUNTOS PARA EL DEBATE

Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica, vol. 27, núm. 1, 2018, Enero-Junio, pp. 29-50
Universidad de la Sabana

DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.1.2>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72056648002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

UAEH [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

LA DETERMINACIÓN DE AUTORES EN LOS DELITOS ECONÓMICOS Y EMPRESARIALES. VARIAS IDEAS DE SOLUCIONES Y VARIOS PUNTOS PARA EL DEBATE

DETERMINING THE PERPETRATORS
OF WHITE COLLAR CRIMES. IDEAS
ON SOLUTIONS AND SEVERAL
POINTS FOR DEBAT

A DETERMINAÇÃO DE AUTORES NOS
DELITOS ECONÔMICOS E EMPRESARIAIS.
VÁRIAS IDEIAS DE SOLUÇÕES E VÁRIOS
PONTOS PARA DEBATE

ARLÍN PÉREZ-DUHARTE*

* orcid.org/0000-0002-6074-7654. Universidad de La Habana, Cuba.
arlin@lex.uh.cu

RECIBIDO: 25 DE FEBRERO DE 2016. ENVÍO A PARES: 26 DE FEBRERO DE 2016.
APROBADO POR PARES: 30 DE MARZO DE 2016. ACEPTADO: 08 DE MARZO DE 2018.

DOI: 10.5294/DIKA.2018.27.1.2

RESUMEN

Los delitos económicos y empresariales constituyen uno de los grandes enigmas para el derecho penal, su tipificación en los catálogos sancionadores, la aplicación de las fórmulas tradicionales para la determinación de autores o partícipes, las sanciones para ser utilizadas y su relación con el llamado paradigma socializador son algunas de las interrogantes que día a día intentan buscarle respuesta los estudiosos de esta ciencia del derecho. Así, al debatirse en cómo asociar los resultados causados por estos ilícitos a las personas que los han perpetrado, se han llegado a formular ideas de soluciones que se localizan en los predios de la omisión, específicamente en los de la comisión por omisión, en los de la autoría y, por último, en las nociones de participación; el análisis de cada una de ellas es el propósito de este trabajo.

PALABRAS CLAVE

Delitos económicos y empresariales; omisión; comisión por omisión; autoría y participación.

ABSTRACT

White collar crimes pose a major problem for criminal law, for their classification in the catalogues of sanctions, for the application of traditional formulas used to determine the perpetrators, for the sanctions to be employed, and how they relate to the so-called socializing paradigm. These are some of the questions students of the science of law try to find answers for every day. Consequently, when debating how to associate the results these crimes have for their perpetrators various ideas have emerged with respect to solutions that are grounded in omission, specifically in the perpetration or commission of a crime by omission, in the authorship of a crime and, finally, in notions of participation. An analysis of each of these solutions is the objective of this work.

KEYWORDS

Economic and managerial crimes; omission; commission for omission; responsibility and participation.

RESUMO

Os delitos econômicos e empresariais constituem um dos grandes enigmas para o direito penal — sua tipificação nos catálogos sancionadores, a aplicação das fórmulas tradicionais para a determinação de autores ou partícipes, as sanções a serem utilizadas e sua relação com o chamado “paradigma socializador” são algumas das questões que os estudiosos dessa ciência do direito tentam responder dia a dia. Assim, no debate de como associar os resultados causados por esses ilícitos às pessoas que os cometeram, chegou-se a formular ideias de soluções que estão localizadas nos campos da omissão, especificamente nos da comissão por omissão, nos campos da autoria e, por último, nas noções de participação. A análise de cada um deles é o propósito deste trabalho.

PALAVRAS-CHAVE

Autoria e participação; comissão por omissão; delitos econômicos e empresariais; omissão.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LA DEFINICIÓN DE CONDUCTA Y SUS MODALIDADES COMO EJE DEL ANÁLISIS. 2. COMISIÓN POR OMISIÓN: PRIMERA IDEA SOLUCIONADORA. 3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. SUS PECULIARIDADES EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN COMO OTRA SOLUCIÓN. 4. DELITOS ECONÓMICOS Y DETERMINACIÓN DE AUTORÍA: ¿EFECTO MARIPOSA O HILO DE ARIADNA? UNA MANERA DE CONCLUIR.

INTRODUCCIÓN

Los sistemas penales evidencian una distorsión estructural fundamental: solo persiguen, con cierto grado de eficacia, la delincuencia convencional, y definen como infractor a las personas pertenecientes a las clases subalternas. Esta distorsión estructural fortalece la imagen estereotipada de un delincuente pobre y violento. Como bien lo señala Baratta, al partir de la definición legal, la criminalidad es un comportamiento que podría atribuirse a sectores privilegiados de la sociedad y no una minoría estigmatizada y desviada, como se hace tradicionalmente.¹

El infractor en este tipo de delincuencia llamada económica es una “persona respetable” o de nivel socioeconómico elevado, lo que le permite ejercer, con mayor o menor éxito, suficiente influencia para impedir la intervención de la víctima o del aparato de persecución estatal.

También es una delincuencia ligada a una actividad profesional, lo que incluiría la delincuencia de “cuello azul”,² cuyos autores no siempre pertenecen a los estratos sociales privilegiados. Dentro de estas actividades delictivas se incluyen, entre otras, la de los profesionales liberales, como los médicos, cuando suministran, ilícitamente, drogas o practican abortos; lo mismo ocurre con el asesoramiento que prestan los abogados en la ejecución de acciones ilícitas o delictivas. De igual forma se incluyen las acciones fraudulentas ejecutadas por los profesionales obreros, se podría hablar en este caso de un *delito ocupacional*, en lugar del delito de cuello blanco, y que sería el que se comete en el ejercicio de una profesión civil o en estrecha relación con ella, tal como ocurre con las actividades recién citadas y también con los delitos cometidos por las grandes corporaciones, las prácticas desleales de los comerciantes, así como la corrupción de funcionarios. Desde el punto de vista del objeto, también abarcaría la adulteración de alimentos y bebidas, y los delitos fiscales, aduaneros y monetarios.³ En realidad, el delito ocupacional se integra dentro de la criminalidad económica, tal como la definió Sutherland, pues al fin y al cabo son actividades profesionales mercantiles en las que se realizan actos criminales o ilícitos.

1 Alessandro BARATTA, “Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal”, en *Revista Papers* 13 (1980), p. 21.

2 Fernando CRUZ CASTRO, “Discriminación e ineficiencia en la persecución del delito económico: la inevitable inversión del sistema penal”, material de curso de posgrado sobre Delitos Económicos.

3 Wolf MIDDENDORFF, *Sociología del delito*, Madrid, Ed. Revista de Occidente, trad. J. M. Rodríguez Devesa, 1961, pp. 61-62.

En consecuencia, estamos frente a delitos para nada convencionales, que exigen de varios prismas para su estudio, detección e investigación, y en los que se entiende se está frente a una conducta delictiva, cuando se da un comportamiento típico, antijurídico, imputable, culpable y punible, a la luz de una ley perteneciente al derecho económico.

Para Bajos Fernández existe un concepto estricto y otro amplio de delito económico; en sentido estricto es la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país y, en sentido amplio, es aquella infracción que, al afectar a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y el consumo de bienes y servicios.

De su definición podemos percibir la complejidad no solo de su corporificación en figuras penales dentro de los códigos, sino del sistema de consecuencias que se diseñará para su tratamiento, así como su posterior ejecución y logro de la readaptación de los pertenecientes a la delincuencia económica, quedando como uno de los escollos de mayor debate el referido a la determinación de autores y participantes en dichos ilícitos, empeño al que nos dedicamos en este trabajo, no con mirada pesimista, sino defendiendo la idea de una concepción metodológica e interpretativa que, tomando como eje de partida la concepción de la conducta como centro de la estructura del delito, formula un concepto propio de autor para los delitos omisivos, aplicado a todas las variantes de esta forma de comportamiento, y que permite no separar las soluciones en la determinación de intervinientes en los delitos económicos, sino su integración en una solución, una forma más de evitar que la mariposa provoque sus nefastos efectos.⁴

1. LA DEFINICIÓN DE CONDUCTA Y SUS MODALIDADES COMO EJE DEL ANÁLISIS

El delito se considera una *especie* del género del llamado comportamiento humano,⁵ por lo que toda la gama de variantes que podamos representarnos de dicho accionar son, de una manera u otra, reflejadas en las normas del derecho penal, partiendo claro está de la definición de acción que en sentido jurídico-penal se haya asumido. Esta afirmación se sustenta además en la idea de considerar a la conducta humana como requisito general o cimiento natural de los tipos penales,⁶ dando lugar a la obligación del juzgador de relacionar las actuaciones producidas

4 Efecto que permite describir que la más mínima perturbación en el estado inicial de un sistema puede tener un resultado caótico en el estado final, como lo explica el escritor James Gleick: "si agita hoy, con su aleteo, el aire de Pekín, una mariposa puede modificar los sistemas climáticos de Nueva York el mes que viene".

5 Afirmación que compartimos junto al profesor español Mir Puig; el actuar delictivo es una de las tantas conductas desviadas que puede adoptar el ser humano, y como tal debe ser vista (Santiago MIR PUIG, *Derecho penal*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2002, p. 117).

6 La acción y la omisión cumplen la función de elementos básicos de la teoría del delito en la medida en que coincidan con la conducta descrita en el tipo de la correspondiente figura delictiva, solo así

en el mundo circundante con la específica exigida en la norma para constatar, primero, la tipicidad del comportamiento y, segundo, la necesidad de movilizar los mecanismos coercitivos de esta rama del derecho.

Una y otra vez se pronuncia la doctrina por el aglutinamiento de las dos formas de conducta penalmente relevantes bajo denominadores comunes, bien con una esencia ontológica o normativa, bien reconvirtiendo una modalidad en la otra; acción y omisión son siempre formas del actuar materialmente positivo (Mezger), o ambas son variedades que implican el dejar de hacer algo que debe ser garantizado (Hezberg, Behrend y Jakobs), hasta llegar a posturas que rechazan el reconocimiento de alguna de ellas (causalismo-naturalista) o su ubicación en terrenos diametralmente opuestos; la acción posee una naturaleza prejurídica y la omisión necesita de su obligatoria disposición normativa (Roxin, Mir Puig).

Por ende, cada uno de los delitos configurados tipológicamente en la parte especial de los ordenamientos penales contendrá como núcleo la descripción del comportamiento prohibido, en relación con el interés o bien tutelado; queda así al legislador la difícil tarea de precisar las formas conductuales humanas que pueden afectar materialmente a tales bienes jurídicos, en algunos casos de forma activa, en otras omisivas o mixtas, sin que la valía de dichos bienes esté supeditada a la manifestación del comportamiento; es decir, un delito comisivo puede proteger bienes de tanta trascendencia social como la vida y la libertad, pero a su lado el ilícito omisivo resguarda la seguridad colectiva, los derechos laborales, el buen funcionamiento de la administración de justicia, entre otros casos,⁷ además de salvaguardar en su versión impropia los bienes asignados a algunos delitos de acción; como tampoco la particularización de los sujetos responsables de la evitación de las conductas entendidas como delitos puede ser vista diferente en atención a la expresión conductual. Los delitos activos y omisivos pueden estar conformados para sujetos generales y especiales, y en tal caso la solución de estas particularidades se agregará al análisis integral al que se someta cualquier ilícito penal.

La dogmática penal afirma, desde épocas pasadas y presentes, que una conducta comisiva típica viola un precepto prohibitivo, mientras que la postura omisiva vulnera normas imperativas.⁸ El acto de matar a un ser humano afecta el bien

son penalmente relevantes (Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 5 ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 227).

7 El derecho penal de la modernidad se debate entre el equilibrio y la importancia de proteger los bienes jurídicos individuales o los colectivos ante los riesgos de indeterminabilidad de lo tutelado, la amplitud de lo prohibido y la inseguridad jurídica, panorámica que puede a su vez contribuir al aumento de los delitos de peligro abstracto y de los tipos penales tanto omisivos puros como de comisión por omisión. Para mayor información véase Roland HEFENDEHL, "¿Debe preocuparse el derecho penal de riesgos futuros?", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* 19 (2002), en criminol.ugr.net, fecha de consulta: enero de 2006.

8 Si tomamos como punto de referencia la visión estructural que ofrece von Wright acerca de las normas, y que coincide en ocasiones con los postulados de Kelsen, tendremos que la norma está conformada por el carácter, el contenido, la condición de aplicación, la autoridad, el o los sujetos normativos, la ocasión, la promulgación y la sanción; los dos primeros aspectos sirven para delimitar aún más las diferencias en cuanto a concepción normativa entre los ilícitos de hacer y dejar de hacer. Los tipos comisivos están contenidos en normas cuyo carácter es *prohibido* y el contenido

jurídico vida, contemplado en la figura delictiva del homicidio bajo el espíritu de “ciudadanos queda prohibido matar”, “no debes matar”; por el contrario, en las consideradas en los predios penales como normas imperativas⁹ late el enunciado “Debes hacer, estas obligado a socorrer, a denunciar”, órdenes que pueden combinarse cuando el valor de los bienes custodiados así lo amerita,¹⁰ para dar lugar a los conocidos delitos impropios de omisión o de comisión por omisión, en los que la prohibición de desarrollar una determinada conducta se efectúa violando lo ordenado por la ley; sirva el ejemplo más conocido en la doctrina de la madre que desea dar muerte a su bebé y simplemente cesa su ciclo de alimentación.

Se crea una interesante relación entre esencia de la norma y estructura del precepto, que más que confundirnos puede ayudar en un caso concreto a diferenciar la forma real de conducta delictiva. En los delitos de actuación, la norma es negativa (no robar) y el precepto positivo (el que sustraiga); en los ilícitos omisivos la norma es positiva (el médico está obligado a atender al herido) y el precepto es negativo (dejar de prestarle atención). No es la forma física de la acción lo que caracteriza una u otra figura, sino el perfil jurídico del precepto violado.¹¹

Esta peculiar relación se extiende a la cualidad normativa y sus especificidades en los delitos de hacer y dejar de hacer, estos en su doble expresión y donde la distinción resulta más compleja; el comportamiento activo aparece regulado en la mayoría de los casos por medio de normas positivamente establecidas,¹² es decir, el ordenamiento penal “taxativamente” describe lo prohibido sin necesitar de otras normas que lo complementen, aunque en ocasiones los delitos de acción remitan a otras disposiciones legales para su total integración (normas penales en blanco); sin embargo, en los ilícitos omisivos el panorama puede resultar distinto, la omisión propia o pura encuentra en muchas de sus figuras delictivas la misma conformación que los delitos activos, sin necesitar de posteriores integraciones

describe la acción o el conjunto de acciones que causan un resultado prohibido, y, en los omisivos, el carácter de la norma es *imperativo* y el contenido enuncia un mandato legal que se viola. Véase al respecto Manuel ATIENZA, *Introducción al derecho*, Barcelona, Barcanova, temas universitarios, 1985, p. 24, y Carlos SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 81 y ss. La teoría del derecho como ciencia básica del quehacer jurídico valora la esencia de las normas a partir de los usos del lenguaje, por lo que estas pueden ser propositivas, prescriptivas o directivas, diferenciándose además por su carácter imperativo o permisivo. Las reglamentaciones penales están dotadas de naturaleza imperativa al imponer obligaciones de hacer (delito omisivo) o de no hacer (prohibiciones, delito de hacer), por lo que también se habla de imperativas positivas e imperativos negativos o preceptos negativos (Javier DE LUCAS, *Introducción a la teoría del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 136, y Ernesto ROGUIN, *Las reglas jurídicas*, Madrid, La Española Moderna, p. 70).

9 Wolfgang SCHÖNE, *Contribuciones al orden jurídico-penal paraguayo*, Asunción: Editora Intercontinental, 2000, pp. 145 y 146.

10 Excelente análisis el que realiza el profesor argentino, con el coincidimos en cuanto a que la naturaleza activa u omisiva del delito no debe ser localizada en la manera en que la conducta se exteriorice, sino en su concreción normativa y en el fin que dicho indicador legal posea (Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*, t. II, actualizado por Guillermo J. Fierro, Buenos Aires, TEA, 1992, p. 283).

12 Juan RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas* (compilación de apoyo para la asignatura de Filosofía del Derecho), p. 45.

legales, pero la comisión por omisión, al tener una naturaleza mayoritariamente no escrita, se conforma a través de la relación de una norma principal activa (de resultado) y la fuente de donde surge la obligación de garante. Este último componente normativo puede localizarse en otra ley, decreto, reglamento u otras disposiciones; la solución, al decir de Ruiz Manero, la brinda la aplicación del orden jurídico en su conjunto¹³ y propicia el que sean calificados como tipos legalmente determinados parcialmente,¹⁴ esta es la opinión que compartimos.

Otra de las cuestiones que pertenecen a la índole confusa del comportamiento y, por ende, a los delitos perpetrados, son las pautas para distinguirlos, atendiendo a que en la dinámica de conformación de los actos delictivos se entremezclan tanto acciones de hacer como de no hacer; al respecto, sirvan de ejemplos algunos casos: el conductor de un vehículo que, omitiendo colocar en el mismo la debida iluminación, atropella a un transeúnte; el sujeto que participa en una estafa con solo dar con su presencia credibilidad al ardid que se utiliza.¹⁵

En busca de esta delimitación seguimos los criterios de Heinz Gössel y Heinz Zipf, quienes establecen dos ámbitos para la distinción: las estructuras ontológicas prejurídicas y los puntos valorativos; las primeras se remontan a las opiniones de von Lizst, Engisch, Kaufmann, Rodolphi, entre otros, en cuanto a la determinación de patrones que diferencian a cada una de estas conductas (movimientos corporales, utilización de energía, etc.), y los segundos afirman que la acción y la omisión no es cuestión de hechos, sino de valoración y, por tanto, algunos analizan el sentido social del acontecimiento (Schmidt, Boldt), otros la imputación objetiva (Stratenwert),¹⁶ y no faltan quienes afirman la imposibilidad de delimitación (Arzt), y es el criterio de solución para los autores referidos –y al que nos afiliamos–, el detenido análisis de la estructura de la acción y su relación con la norma,¹⁷ lo que, unido a la relación bien jurídico-destinatario de la ley, puede ayudar en la tan pretendida distinción.

Este último particular, por su trascendencia no solo en lo que a determinación de la manifestación conductual se refiere, sino en la concepción integral del derecho penal, merece que nos detengamos un momento para reflexionar en cuanto a la relación que se establece entre el bien jurídico, la norma y sus destinatarios en los delitos activos y omisivos.

13 *Ibid.*

14 Así los califica José María Luzón Cuesta al descartar las consideraciones de asignar al tipo de comisión por omisión el calificativo absoluto de tipos abiertos y no escritos. Para mayor información ver José María LUZÓN CUESTA, *Compendio de derecho penal, Parte general*, 9 ed., Madrid, Dickinson, 1997, p. 204.

15 En el derecho alemán existe como ejemplo clásico el caso de la entrega por un fabricante a sus empleados de pelos de cabra sin desinfectar lo que provoca la muerte de algunos por carbunco, por lo que el Tribunal Imperial tiene que decidir entre la muerte causada por la entrega de los referidos pelos (acción) o, por la omisión de la desinfección; una de estas conductas ocasionó las muertes.

16 Tomando como punto de partida la imputación objetiva, la conducta activa estará presente cuando el autor ha provocado o aumentado el peligro que se ha realizado con el resultado, y omisiva cuando no haya disminuido dicho peligro.

17 Karl Heinz GÖSSEL y Heinz ZIPP, *Derecho penal. Parte general*, trad. de la 7 ed. alemana, Buenos Aires, Astrea, 1995, pp. 212-215.

El tríptico conducta-bien jurídico-sujeto normativo, ciertamente tiene sus especificidades en los delitos de hacer y de no hacer; en el primer caso, el tipo debe describir la afectación directa o probable al bien, mediante movimientos corporales perceptibles, y en el segundo, a través de la delimitación de la conducta ordenada y no realizada, la que bien puede ocasionar un resultado de lesión (delitos de comisión por omisión) o de peligro específicamente abstracto (omisión de socorro); en todos los casos, el tipo aporta las especificidades requeridas en cuanto a los sujetos activos y pasivos del delito, idea que en modo alguno pretende asignarles roles distintos a los bienes jurídicos en dependencia del tipo de delitos de que se trate; en todos, el concepto de bien jurídico supone, como bien señala Mir Puig, una valoración positiva por parte del derecho penal, la cual sirve de guía a la interpretación de los preceptos de esta ciencia jurídica, a la clasificación de los delitos y a la graduación de la gravedad del hecho en la fijación de la sanción.¹⁸

En consecuencia, los parámetros que permiten diferenciar la conducta activa de la omisiva podemos resumirlos en: el resultado, la cualidad de la norma violada y la relación comportamiento-bien jurídico objeto de protección penal.

En este sentido, la conducta activa se caracteriza por:

- El resultado: producir un cambio en el mundo exterior, perceptible por los sentidos.
- Norma violada de naturaleza prohibitiva, contentiva de un precepto positivo, el sujeto efectúa lo descrito en el texto normativo: sustraer, tener acceso carnal, causar lesiones. La solución legal se ofrece mayoritariamente en normas positivamente establecidas, sin necesidad de relacionar las disposiciones penales con otras de naturaleza no penal.
- El bien jurídico se daña o pone en peligro mediante una actividad corporal apreciable sensorialmente.

La conducta omisiva, por su parte, se bifurca en la denominada omisión simple y omisión impropia, esta última también llamada comisión por omisión. La primera de las variantes se identifica por:

- *Resultado*: inmutabilidad del mundo circundante, los procesos causales continúan sin ser interrumpidos.¹⁹
- La norma vulnerada es de esencia imperativa y precepto negativo, se ordena la realización de una conducta que el sujeto, bien deliberada o imprudente-

18 Santiago Mir Puig, "Valoraciones, norma y antijuridicidad penal", *RECPC* (2004), p. 5, en *criminet. ugr.es*, fecha de consulta: enero de 2005.

19 Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Contestaciones de derecho penal al Programa de Judicatura. Parte general*, Madrid, Colex, 1996, pp. 109 y 110.

mente, no realiza; se espera una acción de socorro o de denuncia de un delito conocido que nunca se efectúa. La solución legal sigue encontrándose en normas positivamente establecidas.

- El bien jurídico protegido se lacera por medio de una actividad corporal esperada y previamente ordenada que no se ejecuta, lo que da lugar mayoritariamente a delitos de peligro abstracto.

Y la segunda de las modalidades omisivas, a pesar de su naturaleza controvertida y por ende de las dificultades en su concepción y tratamiento, se describe por los elementos de:

- Un resultado transformador del referente real, cambio y mutación perceptibles en lo externo, coincidente con lo apuntado para el actuar activo.
- La simbiosis normativa, expresada en la dualidad de las normas afectadas; una genérica y prohibitiva, que dispone no producir el resultado, “no matarás”, y otra concreta e imperativa que ordena efectuar el acto omitido que evitaría la producción del resultado,²⁰ “la madre está obligada a alimentar a su pequeño hijo”. La respuesta legal la ofrece el orden jurídico en su visión sistémica, el intérprete debe relacionar el tipo penal de acción con el sustento reglamentario de donde brota la obligación del garante.
- El bien jurídico tutelado se lastima por medio de un actuar diferente al exigido, apreciable y cambiante de la realidad, es decir el no hacer logra un producto típico del hacer; no alimentar al infante causa su muerte.

Como puede apreciarse, el comportamiento presenta rasgos particulares que condicionan un análisis diferenciado del mismo, que abarque desde su expresión conductual hasta su concreta configuración típica, idea que parte de la aceptación del reconocimiento del valor tanto objetivo como subjetivo, lo que posibilita la admisión de un macroconcepto o concepción superior de acción, donde tienen cabida los actos de hacer y dejar de hacer desde su prisma natural ontológico, hasta su necesaria configuración normativa.

Por ende, la idea que coloco como pilar básico de este acercamiento teórico es la de entender que el elemento *acción* será el sustrato de la definición y estructura del delito, a partir del cual se concebirán los caracteres que debe reunir el comportamiento para ser objeto del derecho penal, y luego los elementos que configurarán su regulación en las correspondientes figuras delictivas, en palabras de Mir Puig, “la específica función de la acción consiste en ofrecer el soporte mínimo del edificio del delito”.²¹

²⁰ *Ibid.*, p. 110.

²¹ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal, ob. cit.*, p. 189.

2. COMISIÓN POR OMISIÓN: PRIMERA IDEA SOLUCIONADORA

La comisión por omisión posee una estructuración compleja, no solo fundada en su tradicional condición de delitos no descritos *expressis verbis*, sino en su posible configuración legal. La existencia en ella, tanto de formas dolosas como culposas, y de estar descrita para sujetos activos genéricos o especiales aumenta su imagen de complicación. A ello se suma que tal conformación típica puede requerir para su solución de las reglas seguidas en las normas penales en blanco o exigir del intérprete una actividad de completamiento normativo basado en la unidad que posee el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, el tipo de comisión por omisión muestra en la parte objetiva la siguiente estructura: a) situación típica a la que se le agrega la *posición de garante*; b) ausencia de una acción determinada, ahora completada por la *producción de un resultado*, y c) la capacidad de realización, seguida por la *posibilidad de evitar dicho resultado*,²² además de verificar, ya no como aspecto estructural, la relación existente entre la producción del resultado y la omisión de una acción debida.²³

La situación típica, como primer elemento de la ordenación omisiva, describe el deber de actuar, combinado en el caso de la comisión por omisión con la llamada posición de garante; es decir, solo aquel sujeto con una específica misión de protección de determinados bienes jurídicos podrá ostentar tal calificativo y, por ende, serle exigida una postura concreta, expresada de alguna forma en el tipo penal.

La posición de garante (*Garantenstellung*) o deber de garantía, aparece originalmente concebida por Nagler como un componente no escrito añadido al tipo de comisión, y su objetivo está encaminado a la determinación de las personas obligadas, en un caso determinado, a garantizar que el resultado que lesiona o pone en peligro el bien jurídico no se produzca, y surge a partir de esta figura el interrogante de cuáles serían los criterios que, para el derecho penal, permitirían atribuir a un sujeto la condición de garante.

22 Junto a los planteamientos teóricos del profesor español Mir Puig en este sentido, la jurisprudencia española se muestra conforme con la identificación de elementos propios para el caso de los ilícitos de omisión impropia, así lo muestra la sentencia de 27 de junio de 1997 (RJ1997/4835) en la que actuó como ponente Granado Pérez, la que a su vez ratifica el sentir de resoluciones judiciales anteriores, como la del 19 de enero de 1994, en las que se expone que “los elementos integrantes del tipo objetivo serían los siguientes: a) la relación de equivalencia entre la no evitación del resultado y la causación del mismo; b) el resultado producido ha de ser obviamente típico; y c) la infracción de un deber jurídico especial de actuar que era exigible por su posición de garante, la cual a su vez puede venir determinada por una obligación de carácter legal o contractual, o bien por la creación de una situación de peligro o riesgo para el bien jurídico vulnerado mediante una acción o una omisión precedente” (citado por Raúl SANJUÁN LÓPEZ, “La comisión por omisión: el artículo 11 del Código Penal”, en www.TodoDerecho.com, fecha de consulta: diciembre de 2005).

23 Al respecto, Luis GRACIA MARTÍN, *La comisión por omisión en el derecho penal español*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, CD942302, 1994, pp. 55-104.

Así, Feuerbach lo ubicó en la existencia de un deber jurídico de actuar, localizado en la ley o el contrato,²⁴ y, posteriormente, Stubel le adicionó a las fuentes originarias la idea de la inferencia o también llamado actuar precedente; el deber de actuar, en este caso, existe cuando una persona coloca a otra en una situación de la que no puede escapar con vida sin la ayuda de aquella, y en tal caso el obligado omite actuar, por lo que se convierte en culpable del delito de homicidio.²⁵ Tales planteamientos condujeron a una excesiva jerarquización de las *fuentes formales* que llevó, en ocasiones, a olvidar que la posición de garante debe existir en relación con el bien jurídico dañado.

Para mejorar los defectos de la anterior postura, la doctrina moderna aboga por deducir la posición de garantía a partir de *criterios materiales*,²⁶ por lo que toma especial relevancia la teoría de las funciones iniciada por Armin Kaufmann, quien las agrupa en dos direcciones: la función de protección de bienes jurídicos determinados y las funciones que surgen de un deber de control de una fuente de peligro.²⁷ En el primero de los grupos se analizan los deberes en razón de relaciones personales de cuidado (clásico caso de los deberes de los padres con sus hijos y de estos con los suyos) en relación con la posición de un órgano representativo (situación de las personas jurídicas y la actuación mediante su núcleo de poder), por estrechas relaciones de comunidad (comunidad de peligro y comunidad de hogar, personas que conviven bajo un mismo techo), y en razón de una función de protección (las personas que disfrutan de una piscina depositan su confianza en el sujeto que se desempeña como salvavidas).

Mientras que el segundo grupo abarca los deberes que surgen de la vigilancia que ha de ejercerse sobre las fuentes de peligro ubicadas en los propios ámbitos de dominio material (dueños de animales peligrosos, construcciones que encierran algún tipo de peligro, industrias) y las que provienen del control que debe tenerse sobre el actuar de terceros (responsabilidad por el actuar de incapaces o menores exigible a tutores y padres). Ambos grupos muestran –al decir de Jescheck– un camino de resolución de la problemática del garante sobre la base del sentido social de los distintos deberes, pero sin perder de vista las bases de las que estos surgen, pues de lo contrario se abrirían las puertas a una excesiva extensión²⁸ de

24 Véase Susana HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1987, p. 29.

25 Santiago MIR PUIG, “La posición de garante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Consejo General del Poder Judicial, Código CD942306, 1994, pp. 251-296.

26 Han sido varios los criterios de naturaleza material que la doctrina contemporánea ha esgrimido para determinar la esencia de la posición de garante; para Schünemann, el dominio sobre la fuente del resultado, su solución por Pfeleiderer a través de casos básicos y el contenido del valor del rol social en la relación de garantía expuesto por Bärwinkel; para mayor detalles véase Reinhart MAURACH, *Derecho penal*, 7 ed., Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 249.

27 Hemos tomado la clasificación ofrecida por Bustos Ramírez como patrón de nuestras explicaciones y con la que coinciden Mir Puig y Bustos Ramírez (BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 413 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal*, *ob. cit.*, pp. 311 y ss.).

28 Jescheck citado por José María LUZÓN CUESTA, *Compendio de derecho penal*, *ob. cit.*, p. 200.

las denominadas fuentes de la obligación; en la actualidad, esta postura teórica disfruta de numerosos seguidores.²⁹

Consecuentemente, la perspectiva de solución debe ubicarse en la integración de ambos puntos, formal y material (*teoría material-formal*); el primero dirigido a esclarecer las relaciones del sujeto con respecto al bien jurídico, y el segundo a valorar las respectivas fuentes de donde surgen tales relaciones.³⁰ Unido a las ideas de que la posición de garante depende de la relación personal del sujeto con el bien, es decir al omitente no le es ajeno el interés protegido, y a la posibilidad real de que dicho sujeto pueda evitar el resultado;³¹ se logra así conformar una visión más uniforme y entendible de la posición de garantía en la situación típica descrita en los delitos de comisión por omisión, la que bien podría ser trasladada al ámbito de los delitos económicos y empresariales.

Siguiendo esta línea de análisis, nos percatamos de que la referida situación típica describe una conducta activa que ocasiona un resultado concreto, es decir, que pueda ser obtenido también de forma omisiva; en tal sentido, no son coincidentes los argumentos que alega la doctrina más moderna al ubicar en esta descripción tipológica el sustento legal de la comisión por omisión; se destacan en este sentido la posición de Silva Sánchez, quien califica a los verbos típicos de los preceptos de la parte especial de los códigos como adscriptivos, por lo que adquieren un significado de atribución de responsabilidad y no de descripción de causalidad, por tanto, al decir “el que mate a otro” se enuncia todo proceso de producción de la muerte de una persona, bien comisivo u omisivo y, por tanto, solo es necesario demostrar que el sujeto posee el dominio del riesgo típico normativamente idéntico al que se produce por el movimiento corporal activo para exigir esta variante delictiva;³² postura que contrasta con la mantenida por Gracia Martín, al calificar al ilícito de comisión por omisión como un problema de tipicidad y, por ende, la solución de este debe estar plasmada en la redacción de la figuras delictivas, no de manera tácita sino expresa; si el tipo de homicidio solo acoge la variante directamente activa no se puede alegar, para hacer responder a alguien por la no evitación de ese mismo resultado, que la ley recoge las llamadas cláusulas de equivalencia, se aplicaría en ese caso un tipo distinto al de homicidio,³³ criterio con el que nos mostramos conformes no solo por el cumplimiento que este dispensa a la exigencia de ley estricta, sino a los principios garantistas que deben inspirar al derecho penal moderno.

29 Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal, ob. cit.*, pp. 413 y ss.; Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte general*, 2 edición, Buenos Aires, EDIAR, 2002, pp. 578 y ss.; Santiago MIR PUIG, *Derecho penal, ob. cit.*, pp. 314 y ss., entre otros.

30 Este es el criterio defendido por Jesecheck y por Maurach, y el que compartimos en nuestra investigación. Véase Reinhart MAURACH, *Derecho penal, ob. cit.*, pp. 250-251.

31 Coinciden en estas ideas Santiago MIR PUIG en *Derecho Penal, ob. cit.*, p. 313, y Manuel COBO DEL ROSAL, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 49.

32 Jesús SILVA SÁNCHEZ, “Teoría de la infracción penal. Regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación”, ponencia dictada en los cursos de la Escuela Judicial Española, 1996.

33 Luis GRACIA MARTÍN, “La comisión por omisión en el derecho penal español”, ponencia dictada en los cursos de la Escuela Judicial Española, 1996.

Este aspecto, al ser trasladado a la esfera de los ilícitos económicos, podría hacer más laboriosa la tarea del legislador, pues tendría que fabricar un tipo penal perfecto que diera la posibilidad de castigar conductas activas u omisivas, o de comisión por omisión, aunque la plasmación en los textos legales de dichas cláusulas de equiparación, aún bajo las críticas que pueden serle formuladas, posibilita una transparencia legal y una interpretación judicial coherentes y uniformes, por lo que esta es también otra variante que no debe ser desechada.

No obstante, la posición anteriormente asumida no puede borrar el calificativo de tipos abiertos³⁴ que las figuras de comisión por omisión adquieren, y donde solo a través de la labor del intérprete por relacionar el tipo activo contentivo del bien jurídico protegido, con la figura del garante y la fuente de donde surge tal obligación de cuidado, podrá obtenerse la configuración de la mencionada situación típica, y, en consecuencia, la imputación de los hechos que se juzgan; como bien apunta Luzón Cuesta, la existencia de un deber jurídico que radica fuera del tipo es fundamental para la integración de estas figuras delictivas, pero el sentido del tipo legal es el que decidirá si es o no admisible la equiparación de la comisión por omisión a la comisión activa.

Esta variante de solución aceptada por una importante fracción de la doctrina contemporánea para lograr la imputación de los delitos económicos a los diversos intervinientes en los incidentes que nos ha hecho asumir las ideas de Dopico Gómez para el que la determinación del ámbito típico de la comisión por omisión no trata de buscar en sentido sistemático los rasgos internos comunes a toda omisión, sino de delimitar en sentido analítico los elementos comunes a la comisión activa y omisiva. Desde dicha perspectiva, la teoría del garante se contempla como una teoría de la imputación objetiva que busca el fundamento del deber de garantía en un criterio de imputación común,³⁵ es decir, se cumpliría además con la reflexión de Cruz Castro al plantear que ante la discriminación e ineficiencia en la persecución de los delitos económicos es inevitable la inversión del sistema penal.

3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. SUS PECULIARIDADES EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN COMO OTRA SOLUCIÓN

Al momento de definir quién es la figura principal (autor) de un hecho delictivo lo primero que viene a nuestras mentes es un concepto estrictamente *natural*, el

34 Al entender como tipo abierto aquel en el que la descripción de las posibles conductas antijurídicas penalizadas requiere de un previo examen interpretativo por parte del juzgador, con el empleo de las herramientas que ofrece el ordenamiento jurídico en su conjunto, se señala al tipo de comisión por omisión bajo este calificativo; al ser necesario una análisis integral que posibilita, a partir de los elementos indiciarios del tipo, conformar el criterio de antijuridicidad de la conducta omisiva y su relación con la figura delictiva de hacer. Véase Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal, ob. cit.*, p. 411; Carlos CREUS, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Astrea y Ricardo Depalma, 1988, pp. 169 y ss., y Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Derecho penal, ob. cit.*, p. 577.

35 Gómez Dopico citado por Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*, Toledo, Universidad de Castilla La Mancha, 2008.

que implicaría tener que reconocer como tal a cualquiera que interviniese activamente en el delito, bien ejecutando de manera exacta lo descrito en la norma o ayudando en el logro del resultado prohibido.

Para los delitos omisivos, en cualquiera de sus variantes, ninguna de las teorías tanto clásicas como modernas que conceptualizan la figura del autor lograr satisfacer los requisitos que este comportamiento implica, en tal sentido, nuestra metodología para determinar la autoría en los delitos omisivos parte por considerar que de la teoría objetiva-formal, ahora mejorada con nuevos giros doctrinales, se deriva una relación entre el tipo, el hecho, el sujeto y la norma general, que deberá dar como resultado la posibilidad de atribuir o no un comportamiento determinado, bien en condición de autor o de partícipe; es decir, solo podrá ser autor aquel que a partir de las exigencias previstas en el tipo, tanto objetivas, subjetivas como personales realice una actividad estrechamente ligada a la conducta descrita en la figura delictiva, y, siempre que tal actuación sea considerada como forma de autoría en la regla básica de la legislación penal, el delito le incumbe a aquel que con su proceder satisface tanto las exigencias tipológicas como normativo-generales.

Las corrientes de corte subjetivo implican la determinación del *animus* a partir del dolo evidenciado o de los intereses que se tengan en el resultado del delito, elemento que se caracteriza en las construcciones omisivas por su modalidad de peligro fundamentalmente abstracto, es decir los ilícitos omisivos puros no exigen un resultado lesivo sino que se concretan con el incumplimiento del mandato de la norma y, por tanto, el deseo de obtener un propósito específico no resulta exigible al sujeto, de ahí la difícil utilización de esta postura en la precisión de autores y partícipes, lo que en nada evita que dichos comportamientos puedan revelar una intencionalidad o un actuar imprudente.

En el caso de las teorías objetivas, habíamos planteado *supra* que podía ser de aplicación una versión parcializada de la teoría objetivo-formal que mezclara aspectos de la concepción tradicional y modernizada, en el sentido de entender autor a aquel que cumpliera con las exigencias del tipo y con las normativas generales, idea que responde a las características del ilícito omisivo, tanto en su variante propia como en comisión por omisión. En el primero de estos casos la figura delictiva implica la realización de un determinado proceder, que el agente omite o efectúa de manera diferente; y el segundo se configura mediante la integración de los elementos consignados taxativamente en el delito activo con el componente donde se establece la obligación del garante, siendo el tipo en ambos la piedra angular para reconocer a los obligados a actuar de una forma específica, lo que no sucede con los delitos de comisión. No obstante se requiere, además, del empleo de la normativa relativa a la participación contenida en la parte general de la legislación para asumir otras formas de autoría.

En este último aspecto, la precisión de autoría mediata y la coautoría podrán ser obtenidas a través de los argumentos ofrecidos por la teoría del dominio del hecho,

variantes en los delitos omisivos sumamente discutidas y las que, al ser llevadas al terreno omisivo, deberán demostrar tanto el dominio de la voluntad –ahora por lograr a través de la pasividad– y el dominio funcional del hecho. Esta postura doctrinal es además vital en la precisión de autoría para los delitos de comisión por omisión, en los que el autor directo será el que reúna los requisitos del garante y, por tanto, ostente el control de los acontecimientos.

A la modelación se agregan las indicaciones de los delitos de infracción de un deber, específicamente en los delitos de comisión por omisión, donde además de verificar la efectiva realización de la conducta descrita se requiere que el resultado obtenido de forma omisiva sea fruto del incumplimiento del sujeto forzado a proteger el bien jurídico, no por mero capricho, sino por un deber institucional o de organización.

En los delitos omisivos todas estas directrices pueden ayudar a delimitar a los autores, del resto de los intervinientes, sin obviar en el análisis al componente subjetivo inherente al proceder humano; el autor es, en este tipo de delitos, el obligado por la norma a adoptar un comportamiento determinado en un momento también específico, que lo conduce a ser guardián del bien jurídico protegido y el porqué de su designación radica en el sentido de solidaridad y constreñimiento de la libertad que entraña esta modalidad de ilícitos penales.

Planteado este segundo peldaño teórico-metodológico se desprende la interrogante: ¿en la comisión por omisión solamente autores directos?

Las soluciones a dicha pregunta muestran la división teórica existente, la que se inicia en los predios alemanes y luego se extiende al resto del mundo europeo y parte del americano. En tal sentido se sostienen tres posiciones: la primera entiende que cuando hay posición de garante no cabe distinguir ante autoría y participación, de modo que todo el que posea esta condición y afecte al bien jurídico protegido responderá como autor inmediato. Otro sector afirma que sí puede admitirse la participación, específicamente la cooperación omisiva y, por último, una fracción de la doctrina se inclina por una postura intermedia que engloba la fijación de la autoría directa siempre para el garante, pero deja latente la condición de participe para aquellos tipos en los que se requieren especiales formas de ejecución o cualidades del sujeto (no se impiden los delitos de propia mano o los tipos contentivos de elementos subjetivos exclusivos);³⁶ no faltan interesantes soluciones que se apartan completamente de las posturas ya enunciadas y que hacen aún más compleja la cuestión, es el caso de la propuesta de Cuerda Riezu que invierte el principio general de que todo omitente es autor, considerándolo en-

36 Esta división es aceptada y valorada en los trabajos de Ana Isabel PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Barcelona, Cedecs, 1997, pp. 159 y ss.; José María LUZÓN PEÑA, *La participación. Compendio de derecho penal. Parte general*, 9 ed., conforme al Código Penal de 1995, Madrid, Dykinson, 1997, p. 3, Luis GRACIA MARTÍN, *La comisión por omisión*, ob. cit., Manuel COBO DEL ROSAL, *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit.; Jesús SILVA SÁNCHEZ, *Teoría de la infracción penal*, cit., p. 10.

tonces participe ante la excepcionalidad con la que el legislador confiere el grado de autor a las intervenciones omisivas en delitos de acción.³⁷

Tomando como referente tales líneas de pensamiento me afilio a la segunda de las vertientes doctrinales citadas y por ello considero admisible en los ilícitos de comisión por omisión la intervención tanto de autores directos como de participantes, específicamente en la forma de cooperación necesaria, abundando más nuestra toma de postura a continuación.

La equivalencia que debe existir entre el proceder omisivo y el activo, manifestada esta ya sea a través de un tipo específico o derivada de la aplicación de las cláusulas de equiparación que posibilitan imputar a título omisivo un resultado propio de la acción, fundamentan la prevalencia de la autoría inmediata en relación con el resto de las formas de autor. Solo aquellos sujetos encargados de garantizar la protección y el mantenimiento de valiosos bienes jurídicos, cuyos procederes sean directamente subsumibles en las descripciones de las conductas típicas de resultado deben alcanzar la condición de verdaderos autores materiales; idea que en modo alguno impide que el resto de las formas de intervención se manifiesten activamente en estos delitos, es decir no resulta ilógico representarse a un autor mediato en la comisión por omisión o a un instigador.

Sin embargo, la permanencia tanto de la autoría mediata como de la inducción se defiende por algunos en los marcos de los delitos de comisión por omisión. Así, ante el tan recurrido ejemplo del enfermero que omite voluntariamente impedir que un enfermo mental agrede a otro paciente, la doctrina se divide: unos la califican como autoría mediata ante el empleo omisivo de un instrumento inculpable para la comisión de un delito;³⁸ y otros, a los que me sumo, la identifican como una forma propia de autoría directa, pues la no evitación de esta acción de agresión hace nacer –en palabras de Río Fernández– la plena responsabilidad como garante de la actuación de terceras personas.³⁹

De manera similar, la inducción tiene sus defensores, Roxin afirma que deben castigarse como inducción aquellos casos en los que el deber de garantía del omitente abarque impedir la acción de instigación de un tercero, y refiere el ejemplo del padre que no evita que el hijo menor de edad instigue a otro a cometer un

37 Antonio CUERDA RIEZU, “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en el derecho español”, *ADPCP*, 1992, p. 513, citado por Ana Isabel PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades*, ob. cit., p. 161.

38 Véase al respecto Reinhart MAURACH, *Derecho penal*, ob. cit., p. 357, y Santiago Mir Puig, *Derecho penal*, ob. cit., p. 377.

39 Seguidores de esta postura: Alberto RÍO FERNÁNDEZ, “La comisión por omisión y el principio de legalidad”, *Delictum*, 4 (63) (2017), p. 110, en <https://www.unav.es/penal/delictum/N63.pdf>; Hans-Heinrich JESCHKE, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 2 vols. Barcelona, Bosch, (trad. de la 3 edición y adiciones del Derecho Penal español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, 1981, p. 931; Diego Manuel LUZÓN PEÑA, *Derecho penal del Tribunal Supremo. Parte general*, t. II, Barcelona, Hispano Europea, p. 9; René QUIRÓS PÉREZ, *Manual de derecho penal*, t. III, La Habana, Editorial Ciencias Jurídicas, 2002, p. 68.

hurto;⁴⁰ idea que no acepta Del Rosal Blasco, al matizar las posibles soluciones para el caso, que pueden estar entre una inducción mediata al delito, si el padre instrumentaliza al hijo con el propósito de lograr la determinación de un tercero o la cooperación omisiva en una inducción activa,⁴¹ viéndola desde nuestro prisma como una forma de cooperación necesaria por omisión.

Congruentes con la postura asumida, aceptamos en estas variantes delictivas la modalidad autoral de la coautoría, cuando –al decir de Mir Puig– el deber de garante deba ser cumplido por la actuación conjunta de varias personas⁴² y al dominio funcional se le agregue tal condición de garantía en relación con el bien jurídico amenazado.⁴³ De faltar esta unidad de acción responderán los sujetos de forma independiente como autores directos; se citan los ejemplos de los padres que, previo acuerdo, omiten la atención de sus hijos, y el de los guías de alpinismo que abandonan a los excursionistas en pleno ascenso a la montaña.

Derivado además de la posición a la que nos adherimos al inicio del estudio de esta temática, nos corresponde analizar el *cómo* y *cuándo* asumir que existe cooperación en comisión por omisión, de manera tal que pueda distinguirse si el no impedir o evitar que otro cometa un delito lo convierte en partícipe del autor comisivo o si, por el contrario, realiza solo una pura omisión subsumible en el dejar de socorrer o de auxiliar, o en el incumplimiento de los deberes de denunciar la comisión de algún ilícito penal.⁴⁴

En este intento de delimitación se destacan los siguientes enfoques: i) exigir con un carácter general que cuando uno de los intervinientes aporta una contribución activa tiene el dominio del hecho respecto a la autoría, mientras que el omitente garante no logra alcanzar este control y por ello siempre será calificado como cómplice, o ii) aceptar que la participación puede ir más allá de la simple complicidad, teniendo en cuenta los tipos de partícipes regulados en las normas contenidas en las partes generales de las legislaciones penales y las figuras delictivas comisivas. En esta última posición se dividen los argumentos que intentan fundamentarla; para Luzón Peña el partícipe será aquel que facilite o elimine los obstáculos, favoreciendo la actividad delictiva del tercero, mientras que para Silva Sánchez la distinción radicarán en el grado de compromiso asumido por el sujeto para contener los posibles riesgos que pueden afectar al bien jurídico (las barreras de contención).⁴⁵

40 Claus ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7 ed., Barcelona, Marcial Pons, trad. de Cuello Contreras y Serrano González, 2000, p. 13.

41 Del ROSAL BLASCO, *ob. cit.*, p. 14.

42 Santiago MIR PUIG, *Derecho penal*, *ob. cit.*, p. 387.

43 Reinhart MAURACH, *Derecho penal*, *ob. cit.*, p. 390; Mario SALAZAR MARIN, *Autor y partícipe en el injusto penal*, Bogotá, Temis, 1992, p. 159.

44 Luzón PEÑA, *Derecho penal del Tribunal Supremo*, *ob. cit.*, p. 9.

45 Para profundizar en estos análisis, véase PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades*, *ob. cit.*, pp. 160-162; Luzón PEÑA, *La participación por omisión*, *ob. cit.*; Jesús Silva Sánchez, "Comisión y omisión. Criterios de distinción", *Revista del Consejo General del Poder Judicial* 3 (1996).

En nuestro caso asumimos de manera parcial la segunda de las variantes expuestas, en el sentido de considerar lógica la delimitación entre autores y participantes en los delitos de comisión por omisión, además de distinguir las intervenciones que justifican apreciar una simple complicidad de las que conforman una cooperación calificada como necesaria, fundando esta postura en las siguientes ideas.

La cooperación necesaria deberá reunir los requisitos, ya señalados para la omisión simple, ahora liderados por la exigencia de la posición de garantía que dicho cooperador debe ostentar (elemento normativo); se le agrega el elemento objetivo de la eficacia de lo aportado para la ejecución, más el elemento subjetivo de la voluntad de contribuir con el delito. En palabras de Luzón Peña, la ayuda ofrecida debe aumentar o contribuir a aumentar el riesgo preexistente, pero sin posibilidad de controlar o dominar la realización del delito;⁴⁶ además de ser equivalente “según el sentido del texto de la ley” a la realización comisiva de participación.⁴⁷

En consecuencia, no se trata de que la simple presencia del omitente imponga la realización de un juicio de responsabilidad a título de cooperador necesario, sino que se efectúe el estudio del enlace concreto con el hecho proyectado o realizado que no se impide, de forma que se conozca el plan concreto así como sus circunstancias de modo, ocasión, tiempo y sujeto pasivo. Solo así podría decirse que la omisión del partícipe ha servido al autor del hecho criminal, que el proceder “pasivo” no conduce a una omisión pura y que su especial vínculo con el bien lesionado lo hacen merecedor de una consecuencia penológica, sin obviar los requisitos exigidos en el tipo penal previamente calificado.

3. DELITOS ECONÓMICOS Y DETERMINACIÓN DE AUTORÍA: ¿EFECTO MARIPOSA O HILO DE ARIADNA? UNA MANERA DE CONCLUIR

Hasta aquí hemos tratado de ofrecer las premisas para una variante de solución ante la necesidad de determinar el grado de intervención de los sujetos en los delitos económicos y empresariales, a partir de las ideas que ubican tales remedios en las teorías de la autoría, en las teorías de la participación o en el delito de comisión por omisión, insistiendo en la necesidad de no buscar satisfacciones parciales sino integrales, lo cual implica salir de las fórmulas tradicionales del derecho penal e ir a un pensamiento de la complejidad.

El asumir una variante u otra hace que nos preguntemos por las derivaciones positivas y negativas que implican su implementación, es decir, si estamos ante una solución cuyos efectos pueden colisionar con otras instituciones del derecho penal o con la práctica del mismo en los estrados de justicia, o si puede ser bien recibida por teóricos y expertos del ejercicio profesional, o si solo se convierte en una luz al final del túnel.

46 Luzón PEÑA, *La participación por omisión*, ob. cit., p. 10.

47 Silva SÁNCHEZ, “Comisión y omisión. Criterios de distinción”, ob. cit., p. 14.

Sin embargo, algo sí es irrefutable, los delitos económicos y empresariales abren una puerta de oscuridad al derecho penal sustantivo y adjetivo, razón por la que sus mecanismos y fórmulas deben ser replanteados; la postura que defendemos en este trabajo podría ser un granito de arena en dicho empeño.

La determinación de autores y partícipes en los delitos económicos y empresariales debe estar ceñida a un modelo de imputación basado en una concepción dialéctica y social de la acción, donde la concepción de autor se dibuja con los postulados tanto de las teorías objetivas formales y materiales, como por las consideraciones que emanan de los delitos de infracción de deber y de dominio, todo lo cual es trasladado al delito de comisión por omisión, en el que se requiere tanto de la variante de configuración legal como judicial, y donde las fuentes de la obligación de los garantes depende de una expresión de los deberes jurídicos y sociales; esto es solo una punta para caminar por el laberinto.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, Barcelona, Barcanova, temas universitarios, 1985.
- BARATTA, Alessandro, "Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal", en *Revista Papers* 13 (1980), p. 21.
- COBO DEL ROSAL, Manuel, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Contestaciones de derecho penal al Programa de Judicatura. Parte general*, Madrid, Colex, 1996.
- CRUZ CASTRO, Fernando, "Discriminación e ineficiencia en la persecución del delito económico: la inevitable inversión del sistema penal", material de curso de posgrado sobre Delitos Económicos.
- DE LUCAS, Javier, *Introducción a la teoría del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*, Toledo, Universidad de Castilla La Mancha, 2008.
- GOSSEL, Karl Heinz y Heinz ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, trad. de la 7 ed. alemana, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- GRACIA MARTÍN, Luis, *La comisión por omisión en el derecho penal español*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, CD942302, 1994.
- HUERTA TOCILDO, Susana, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1987.
- LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de derecho penal, Parte general*, 9 ed., Madrid, Dickinson, 1997.
- MAURACH, Reinhart, *Derecho penal*, 7 ed., Buenos Aires, Astrea, 1995.

- MIDDENDORFF, Wolf, *Sociología del delito*, Madrid, Ed. Revista de Occidente, trad. J. M. Rodríguez Devesa, 1961.
- MIR PUIG, Santiago *Derecho penal*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2002.
- MIR PUIG, Santiago, “La posición de garante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Consejo General del Poder Judicial, Código CD942306, 1994.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 5 ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1995.
- ROGUIN, Ernesto, *Las reglas jurídicas*, Madrid, La España Moderna.
- SANJUÁN LÓPEZ, Raúl, “La comisión por omisión: el artículo 11 del Código Penal”, en www.TodoDerecho.com, fecha de consulta: diciembre de 2005.
- SCHÖNE, Wolfgang, *Contribuciones al orden jurídico-penal paraguayo*, Asunción, Editora Intercontinental, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús, “Teoría de la infracción penal. Regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación”, ponencia dictada en los cursos de la Escuela Judicial Española, 1996.