

DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL SUPREMO

María del Carmen Dubón Alastuey

ADPCP, T.XLV, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1992, pp. 969-1022

<http://www.cienciaspenales.net>

Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARIA DEL CARMEN ALASTUEY DOBON

Profesora de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

SUMARIO: Introducción. Capítulo primero: Delitos dolosos por omisión. Capítulo segundo: Delitos imprudentes por omisión. Conclusiones.

INTRODUCCION

Existen dos formas de comportamiento que pueden atribuirse a un sujeto: la acción y la omisión. De la lectura del artículo 1.º del Código Penal español se deduce que los delitos pueden cometerse tanto por acción como por omisión.

La preocupación de la Dogmática por la omisión es reciente. Hasta los años 20 del siglo actual, no se trató ésta en profundidad, situándose el punto de partida en la doctrina alemana (1). Pronto se diferenciaron dos clases de delitos de omisión: delitos de omisión propios y delitos de omisión impropios o de comisión por omisión.

Aunque la categoría de la omisión en general resulta problemática y da lugar a controversias doctrinales de muy variada índole, no se cuestiona la adecuación al principio de legalidad de los delitos de omisión propios, puesto que están tipificados en nuestro Código Penal (arts. 338 bis y 489 ter.). No sucede lo mismo con la mayoría de los delitos de comisión por omisión. En éstos se imputa un resultado de relevancia penal al autor por no haber llevado a cabo una acción tendente a

(1) BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª edición. Barcelona, 1989, pp. 242 y 243.

evitarlo (2). Quiero dejar claro desde este momento que, en adelante, al hablar de «delitos de comisión por omisión» o «delitos impropios de omisión», me referiré a los no tipificados como tales en el Código Penal español. La no tipificación expresa de estos delitos, plantea el grave problema de su posible incompatibilidad con el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Por otra parte, prescindiendo del problema de si pueden o no cometerse por omisión todos los delitos de resultado material tipificados en la Parte Especial del Código Penal, no puede imputarse el resultado a toda persona que no realice una acción tendente a la evitación del mismo, pues se produciría una excesiva ampliación de los tipos de omisión impropia que entraría en contradicción con los de omisión propia, convirtiendo a estos últimos en delitos superfluos (3). Debe exigirse la concurrencia en esa persona concreta de una determinada característica: debe encontrarse en posición de garante respecto del bien jurídico lesionado (4). Los delitos de comisión por omisión son, pues, delitos especiales ya que no pueden ser cometidos por cualquier persona (5).

Cuándo debe reconocerse la existencia de esta posición en un sujeto o cuáles son las fuentes de la misma, es un tema también discutido. Con carácter general, sus fuentes han sido clasificadas por la doctrina de dos formas: desde un punto de vista formal y desde un punto de vista material (6). Desde el primero, se distingue entre posiciones de garante con fundamentación legal, contractual y con origen en el hacer precedente peligroso o injerencia. Desde el segundo, se establece una subdivisión atendiendo a si el sujeto «activo» se encuentra en posición de protección de un determinando bien jurídico o bien en posición de vigilancia de una fuente de peligro. Esta última clasificación (7) resulta

(2) ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, 2.ª edición. Madrid, 1986. p. 193.

(3) WELZEL: *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11.ª edición. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile, 1970, p. 286. Y también, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., página 246.

(4) No hay unanimidad doctrinal respecto a la necesidad de exigir la posición de garante en este tipo de delitos. En este sentido, LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, Barcelona 1991, pp. 234 y ss., y GIMBERNAT ORDEIG, en su *Recensión al libro de Enrique Bacigalupo «Delitos impropios de omisión»*, ADPCP, 1970, pp. 724 y ss., rechazan la teoría de la posición de garante.

(5) WELZEL: *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., pp. 287 y 289. Considera a los delitos de omisión impropios delitos especiales propios y sigue la teoría de la posición de garante.

(6) BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., páginas 247 y ss. RODRIGUEZ MOURILLO, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1977, páginas 312.

(7) Sostenida por BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 2.ª edición. Madrid, 1990. pp. 263 y 264.

mucho más amplia y minuciosa pues en cada uno de los dos apartados se engloban multitud de situaciones de las que, según algunos autores, puede surgir una posición de garante en un sujeto determinado.

Además, para poder apreciar la existencia de un delito cometido por omisión, debe exigirse que ésta sea equivalente a la acción desde el punto de vista del contenido de lo injusto. La determinación de si se da o no esta equivalencia deberá hacerse atendiendo al caso concreto. En un supuesto de estupro, por ejemplo, negaríamos dicha equivalencia puesto que el artículo 434 del Código Penal utiliza la expresión «acceso carnal» y, evidentemente, éste sólo puede llevarse a cabo mediante una acción (8).

En el Derecho Comparado, los problemas que plantea la categoría de la comisión por omisión, se han intentado solucionar acudiendo a diferentes métodos (9). En Francia no se admite tal construcción, por entender que vulnera el principio de legalidad; en Alemania se introdujo en el StGB el parágrafo 13, en el que se establece una equiparación entre la comisión activa y omisiva de los tipos legales en caso de que el omitente tuviera el deber de evitar el resultado y si la omisión es equivalente a la acción. También el art. 1 del Codice Penale italiano equipara la no evitación del resultado a la causación del mismo mediante una conducta activa.

En nuestro ordenamiento no hay pronunciamiento expreso al respecto. Las soluciones de *lege ferenda* oscilan, según los autores, entre la introducción en nuestro Código Penal de una cláusula de equiparación entre acción y omisión semejante a la alemana e italiana o la tipificación en la Parte Especial de algunos delitos de omisión impropios siguiendo el sistema de los *numerus clausus* (10).

Podemos preguntarnos *qué postura adopta el Tribunal Supremo español* respecto a los delitos de comisión por omisión. El análisis de la misma resulta especialmente interesante por el hecho de que, al no existir en nuestro Código Penal ningún precepto dedicado a la comisión por omisión, es el Tribunal Supremo el que debe decidir en qué casos y bajo qué condiciones puede apreciarse un delito de esta índole en la práctica.

Pero antes de continuar, y para no dar lugar a equívocos, debo aclarar que voy a ocuparme exclusivamente de sentencias en las que nuestro Alto Tribunal condena a AUTORES de delitos impropios de omisión y por consiguiente no me ocuparé de la participación por omisión. El artículo 14 apartado tercero del Código Penal considera autores a

(8) En este sentido, BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 267.

(9) RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *La omisión de socorro en el Código Penal*. Madrid, 1966. pp. 79 y ss.

(10) El Anteproyecto del Código Penal de 1992 se ha inclinado por la regulación del tema en la Parte General: concretamente en el artículo 10.

los cooperadores necesarios a efectos de aplicación de la pena (11), pero el cooperador necesario no es «autor», por lo menos con arreglo al concepto restrictivo y objetivo-formal del mismo (12), por lo que tampoco recojo las sentencias que condenan a cooperadores necesarios por omisión (13).

Anticipando lo que se verá a lo largo de este trabajo, puede decirse que la asunción de nuestro Tribunal Supremo de los planteamientos dogmáticos sobre la comisión por omisión ha sido tardía y la evolución más bien lenta; sobre todo en los casos de delitos culposos por omisión. Esto puede explicarse si se tienen en cuenta, entre otros, dos factores: en primer lugar, la repercusión que tuvo entre los autores y Jurisprudencia españoles el criterio de Silvela, a finales del siglo pasado y a principios del actual. Según Silvela, el término «omisiones» del art. 1 del Código Penal, debía interpretarse como omisiones específicamente descritas en la ley. Consideró este autor que el Tribunal Supremo respaldaba su tesis en sentencia de 10 de abril de 1874, en la que podía leerse literalmente que «los delitos que, como el asesinato, exigen acción por su índole y naturaleza, no pueden cometerse más que por actos positivos o afirmativos, y nunca por omisión» (14). Y en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que las ideas de la Dogmática Alemana respecto a la comisión por omisión, tardaron un tiempo en introducirse entre los autores españoles. La plasmación de estas construcciones doctrinales en la Jurisprudencia no es tampoco labor de un día.

Ciertamente pueden encontrarse sentencias del Tribunal Supremo muy antiguas en las que aprecia delito de comisión por omisión; pero una lectura de estas primeras sentencias descubre que nuestro Tribunal Supremo da a estos delitos el mismo trato que a los cometidos por acción y, por supuesto, no utiliza la terminología «comisión por omi-

(11) Véase CEREZO MIR, J.: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Madrid, 1982, pp. 333 a 347, en las que se ocupa de la autoría y participación en el Código Penal vigente y en el Proyecto de 1980. En especial, la página 339, en la que hace referencia a la inclinación del Tribunal Supremo a seguir la teoría del acuerdo previo; y las páginas 343, 344 y 345, que invitan a reflexionar sobre los problemas que representa el mantenimiento en nuestro Código Penal de la figura del cooperador necesario.

(12) Aunque con arreglo al criterio del *dominio funcional del hecho*, podría ser autor en algunos casos. Véase, a este respecto, CEREZO MIR, J.: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, *cit.*, pp. 168 y 169, y también 336 y 337.

(13) En sentencia de 22 de junio de 1991, el Tribunal Supremo considera que es autor del delito de lesiones en comisión por omisión, un padre que observaba (sin hacer nada para impedirlo) cómo su esposa maltrataba a la hija de ambos de cinco meses. Desestima así el recurso tendente a que se castigara al procesado como cómplice del delito. Pero con la simple lectura de los considerandos de la sentencia, queda claro que incluye al padre en la figura de cooperador necesario, aunque le considere autor en el sentido en lo que hace referencia el artículo 14, apartado tercero, del Código Penal. Sobre el tema, véase también la nota anterior.

(14) SILVELA, L.: *Derecho Penal*, Tomo II. Madrid, 1879, p. 128.

sión». Para amparar su postura alude algunas veces a que «según el artículo 1 del Código Penal, los delitos pueden cometerse tanto por acción como por omisión». A pesar de ello, debe reconocerse el mérito a estas sentencias de apartarse del restrictivo criterio de Silvela, criterio al que también Córdoba Roda se adhirió (15) —aunque posteriormente ha cambiado de opinión—.

En una visión de conjunto de toda la Jurisprudencia Penal a lo largo de este siglo, puede decirse que es apreciable la evolución del Tribunal Supremo respecto al tratamiento del tema en el caso de delitos por omisión impropios dolosos, aunque no cesa en sus contradicciones. Así, por ejemplo, en sentencia de 4 de enero de 1962, se dice que «la omisión no engendra responsabilidad criminal más que en los casos expresamente marcados en la ley». En cuanto a los delitos de comisión por omisión culposos, en cambio, la evolución jurisprudencial al respecto ha sido mucho más lenta, como ya dije, puesto que hoy en día no resulta difícil encontrar sentencias en las que da el mismo tratamiento a los delitos culposos cometidos por acción que a los cometidos por omisión.

Para concluir esta introducción, voy a mencionar a grandes rasgos, cuál va a ser la estructura del presente trabajo. Por un lado, debe establecerse la distinción entre delitos de comisión por omisión dolosos y delitos de comisión por omisión culposos o por imprudencia. El Tribunal Supremo ha admitido los primeros restrictivamente. No sucede lo mismo con los segundos, puesto que los casos de delitos impropios de omisión en la Jurisprudencia son muy numerosos y recogerlos todos es una tarea prácticamente imposible, que no he pretendido en este estudio. Por otro lado, la clasificación de los supuestos imprudentes he preferido enfocarla, en lugar de por delitos, por «casos» o «supuestos típicos» (entendiendo el término «típicos» no en sentido dogmático). Esto es así porque el Tribunal Supremo sostiene, salvo excepciones, la tesis de la existencia en nuestro Código Penal de cuatro *crimina culpae*, y por ello habla de «delito de imprudencia temeraria con resultado de daños, muerte, lesiones...» y no de «homicidio, daños, lesiones... por imprudencia temeraria». En sentencia de 24 de noviembre de 1984 el Tribunal Supremo se expresa así: «... nuestro Código Penal vigente sanciona la forma culposa de delinquir como 'crimen culpae', en el artículo 565, que comprende todos los resultados delictivos, de los que el más grave es el índice sancionador de la infracción penal, sin que ello sea obstáculo al castigo de todas las conductas culposas que contribuyan como concausas de los mismos...».

(15) CORDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Barcelona, 1972, pp. 7 a 10.

CAPITULO PRIMERO

Delitos dolosos por omisión*Infanticidio*

El Tribunal Supremo admite la posibilidad de cometer el delito de infanticidio por omisión desde el siglo pasado. Así lo reconoce el mismo en sentencia de 3 de junio de 1969 y en sentencia de 24 de febrero de 1978, entre otras. En esta última establece como uno de los criterios de distinción entre el infanticidio y el abandono de niños con resultado de muerte que el primero, a diferencia del segundo, puede cometerse tanto por acción como por omisión. Pero el Tribunal Supremo no habla de infanticidio por omisión aludiendo concretamente a los requisitos de un delito de comisión por omisión hasta la citada sentencia del año 1969. Merecen ser citadas, de todos modos, esas antiguas sentencias en las que el Tribunal Supremo condenó por infanticidio sin exigir una conducta activa encaminada a la causación del resultado.

S. 11 de julio de 1874. En la narración del supuesto de hecho puede leerse cómo la procesada había abandonado a su hijo recién nacido en un corral «con la hemorragia del cordón umbilical y sin prestarle socorro para que se verificase la respiración que era necesaria, causas que produjeron su muerte». Esto, según el Tribunal Supremo, revela la intención decidida de producir la muerte del niño.

S. 8 de mayo de 1877. La procesada había ido a dar a luz a casa de una vecina que prometió ayudarla en el parto. Como ésta se negara, entró en casa de otra vecina, pero la casa estaba vacía. La procesada dio a luz en el retrete dejando allí la criatura, pensando que una desconocida que había entrado en la casa, lo recogería. El bebé bajó por la cañería y murió cuando lo trasladaban al hospital. El Tribunal Supremo aprecia infanticidio con la atenuante de «no haber tenido intención la delincuente de causar un mal de tanta gravedad como el que se produjo».

Sin embargo, sólo cinco meses después, en sentencia de 4 de octubre, exigía el Tribunal Supremo para que pueda calificarse un hecho como infanticidio, que se hayan ejercido actos violentos para matar al niño y castigó por delito de abandono de un niño menor de siete años, puesto que no se ejerció violencia sobre el bebé.

S. 19 de enero de 1921. La madre no ligó el cordón umbilical y el niño murió. El Tribunal Supremo condena a la madre por infanticidio.

S. 20 de mayo de 1929. La madre «para ocultar su deshonra», ocasionó la muerte del niño «abandonándolo a toda clase de cuidados». También aquí condena por delito de infanticidio.

S. 30 de septiembre de 1944. Se trata de un infanticidio cometido por la abuela materna. Es un supuesto complejo, puesto que la abuela, por un lado, cubre al niño con una envoltura para impedirle respirar (conducta activa), y por otro lado, no liga el cordón umbilical (conducta omisiva). El niño murió asfixiado y el Tribunal Supremo condenó por infanticidio, sin hacer referencia a si el delito se cometió por acción o por omisión.

S. 14 de enero de 1946. En su considerando único la sentencia establece que «... la muerte del hijo recién nacido integró el delito de infanticidio definido en los artículos 416 del Código de 1932 y 410 de la Ley de 1942, por concurrir la inequívoca intención homicida según resulta del hecho probado que establece que el niño murió por dos motivos, cuales son: no prestarle los debidos cuidados y tratar de hacerle desaparecer...»; «... a la falta de cuidado debido se une el propósito revelado por la frase ‘tratar de hacerlo desaparecer’, que significa, más que la mera exposición, el deseo de aniquilamiento...».

S. 15 de enero de 1968. El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de febrero de 1978, hace referencia a esta sentencia como uno de los casos en los que apreció infanticidio en comisión por omisión. El supuesto, sin embargo, es dudoso puesto que la madre no sólo no prestó al niño los auxilios necesarios, sino que además le tapó la boca y la nariz para impedir que respirara, lo cual es una conducta activa.

S. 3 de junio de 1969. La sentencia es muy interesante ya que es la primera vez que el Tribunal Supremo utiliza la expresión «comisión por omisión» en un caso de infanticidio. El Magistrado Ponente es Angel Escudero del Corral.

El supuesto de hecho es el siguiente: una madre da a luz un niño que nació con vida y al que voluntariamente no prestó cuidado alguno, no ligándole el cordón umbilical y dejándole, con ánimo de quitarle la vida y para evitar su descrédito, entre las ropas de la cama sumergido en materias fecales que le hicieron fallecer por asfixia.

Alude el Tribunal Supremo a lo que constituye el elemento personal del delito: madre como sujeto activo y su hijo recién nacido como sujeto pasivo. Debe existir, además, un elemento subjetivo de lo injusto: *deseo finalista* de la madre de ocultar su deshonra para que no trascienda su deshonra sexual en la proyección social externa. Es necesario, continúa exigiendo el Tribunal Supremo, un dolo infanticida. Y en la parte que más nos interesa de la sentencia, dice el Tribunal Supremo que a este resultado puede llegarse tanto por una acción positiva como por una abstención o pasividad determinante del evento, pues resulta posible la comisión por omisión siempre que se apoye en el dolo de matar y en el ánimo inequívocamente finalista de ocultar su deshonra y

a la vez desencadenante del proceso causal ideal que conduce al resultado. Es preciso además, se añade en la sentencia, que dicha inacción signifique la lesión de una obligación de actuar de la madre para con su hijo, un «non facere quod debetur» y que esa inacción equivalga a la acción misma.

El Tribunal Supremo no utiliza la expresión «posición de garante», pero está claro que la exige al hacer referencia a un deber de actuar de la madre y exige, además, que la inacción sea equivalente a la acción. Con la referencia a estos dos requisitos específicos de los delitos de comisión por omisión, el Tribunal Supremo se hace eco de la opinión doctrinal mayoritaria respecto a estos delitos.

S. 15 de noviembre de 1969. El Tribunal Supremo condena por infanticidio a la madre que «no presta a la criatura la asistencia y cuidados más elementales, pues su propósito era deshacerse de ella como fuese». En la sentencia no se hace referencia a ninguno de los requisitos que deban exigirse para poder apreciar la existencia de un delito de comisión por omisión.

S. 15 de noviembre de 1977. El Tribunal Supremo condena a la madre y a la abuela materna que no prestan al niño los cuidados precisos, dejándole morir. La sentencia es interesante porque admite la comisión omisiva del infanticidio, estableciendo las diferencias entre el infanticidio por omisión y el abandono de niños con resultado de muerte.

«El infanticidio, al admitir formas de comisión omisivas, plantea el problema de la diferencia con el abandono de niños con resultado de muerte. Estas diferencias pueden ser:

a) El infanticidio, tanto en su forma activa como omisiva, singularmente si ésta es equivalente a la acción, es un delito de lesión de la vida, mientras que el abandono del recién nacido es un delito de peligro para la vida cuando se hubiera dado lugar a tal riesgo de muerte.

b) La acción del infanticidio en sus dos modalidades, activa y pasiva, es directamente mortífera como lo prueba el verbo nuclear ‘matar’ entendiéndose que al resultado letal puede llegarse tanto por acción *strictu sensu* como por omisiones que la equivalgan sin que en esta última hipótesis la acción esperada se convierta en acción exigida para el sujeto activo en virtud de un deber específico de obrar, sino que basta con el deber genérico de no atentar contra la vida ajena.

c) En la acción infanticida, existe dolo directo de muerte. En la de abandono que luego resulta mortal, el dolo sólo abarca el primer tramo de la acción en que el agente tiene conciencia del peligro concreto desatado por la conducta inicial, de

suerte que la muerte sobrevenida funciona como mera calificación».

Tres puntos concretos nos interesan de esta sentencia. En primer lugar, el Tribunal Supremo admite, de un modo indudable, la posibilidad de que el delito de infanticidio se cometa por omisión. En segundo lugar, exige que en estos supuestos la omisión sea equivalente a la acción desde el punto de vista del contenido de lo injusto. Por último, el Tribunal Supremo rechaza de plano la teoría de la posición de garante: considera que no es preciso que el sujeto activo tenga un deber específico de obrar para poderle imputar el resultado por no haberlo impedido; cree que basta con el «deber genérico de no atentar contra la vida ajena». Esta apreciación es errónea puesto que los delitos de comisión por omisión son delitos especiales, sólo pueden ser cometidos por quienes se encuentran en posición de garante respecto del bien jurídico lesionado. En caso de que el resultado sea de muerte, no puede hacerse responder por ese resultado a todas las personas por entender que a todas ellas va dirigido el mandato implícito en la norma referente a la evitación de la lesión del bien jurídico «vida». Además, en el delito de infanticidio, el campo de los posibles sujetos activos está muy reducido: sólo pueden serlo la madre o la abuela materna.

S. 11 de diciembre de 1984. Con la transcripción de parte de uno de los considerandos de la sentencia quedará clara la apreciación del Tribunal Supremo.

«De la declaración de hechos probados aparece destacado con toda evidencia el dolo directo de muerte impulsado por un móvil *honoris causa* al dejar abandonada a la hija recién nacida después de cortar el cordón umbilical: comisión por omisión que es equivalente a la acción por la seguridad, dadas las condiciones del lugar del abandono, metida la recién nacida en un cubo y dejado en el tejado de un vecino, de que necesariamente habría de producirse la muerte ante la pasividad consciente y querida de la madre».

S. 28 de marzo de 1989. El Tribunal Supremo exige expresamente la «posición de garante» en un supuesto de infanticidio por omisión. El magistrado ponente es D. Luis Román Puerta.

En el relato de los hechos probados, se explica cómo la madre, al quedar embarazada de su novio, tuvo una idea fija determinante de su conducta posterior: ocultar el embarazo y las consecuencias del mismo. Consiguió ocultar el embarazo y al llegar el momento del parto, dio a luz sola y dejó abandonada a la criatura que nació viva. No ligó el cordón umbilical y dejó al recién nacido en una bolsa que depositó bajo un barril de madera. La causa esencial de la muerte del niño fue «la

omisión de los debidos cuidados». Pudo probarse que la madre actuó voluntaria y conscientemente.

En la sentencia se admite expresamente la posibilidad de que la conducta de la madre revista la modalidad activa (matar) o la omisiva encaminada al mismo resultado (dejar morir), habida cuenta en relación a esta última de la *posición de garante* que a la madre corresponde respecto al hijo recién nacido, como consecuencia de los deberes legalmente impuestos a los padres en el Código Civil.

Parricidio

Los casos en los cuales el Tribunal Supremo ha apreciado parricidio doloso en comisión por omisión, son supuestos de madres que dejan morir a sus hijos por no prestarles los auxilios debidos. No se calificaron de infanticidio bien porque faltaba el elemento subjetivo de lo injusto «ánimo de ocultar la deshonra», o bien porque no entraba el menor, a juicio del Tribunal Supremo, en la categoría de recién nacido.

S. 12 de febrero de 1892. Estas son las consideraciones en las que el Tribunal Supremo basó su decisión: «Relación directa e inmediata de causa voluntaria a efecto natural por ella producido en virtud de medio adecuado (...) es aplicable a la madre que dejando a su hija entre los seis y diez días de su nacimiento sin el socorro alimentario necesario para la subsistencia, le priva voluntariamente de la vida con intencionada infracción de los deberes legales y morales de la maternidad».

S. 30 de noviembre de 1927. Es un supuesto en el que la madre y la abuela materna no atan el cordón umbilical al recién nacido. El Tribunal Supremo las condena por parricidio.

S. 12 de junio de 1957. La madre no ata el cordón umbilical y el niño muere desangrado. El Tribunal Supremo considera que no puede deducirse el «ánimo de ocultar la deshonra» y condena a la madre por parricidio.

S. 30 de septiembre 1978. Ya en los años setenta, el Tribunal Supremo habla de «parricidio en forma omisiva». El supuesto de hecho era el siguiente: La madre corta el cordón umbilical a su hijo, pero no lo liga y deja al niño en la bañera. El niño muere pese a haber nacido perfectamente viable.

Según el Tribunal Supremo «el dolo de muerte aparece afirmado por estos hechos, lo que diferencia a este *parricidio en forma omisiva*

del delito de abandono de niños, siendo éste un delito de peligro y no de resultado».

No aprecia el Tribunal Supremo infanticidio pues no hay móvil de ocultar la deshonra ya que la madre llevaba una «vida de alterne» y de todos era conocida su situación de embarazada.

Un aspecto destacable de la sentencia es que habla del homicidio como un tipo básico, y del parricidio y asesinato, y del infanticidio y aborto, como figuras agravadas y atenuadas del mismo, respectivamente. Incluso alude a que el infanticidio debería considerarse como figura atenuada del parricidio. Esta apreciación resulta contradictoria con la defensa que el Tribunal Supremo mantiene de la figura del parricidio por imprudencia. Las cláusulas generales de la imprudencia sólo deben ponerse en relación con los tipos básicos.

S. 30 de junio de 1988. El Tribunal Supremo condena a la procesada por el delito de parricidio en comisión por omisión en una sentencia muy interesante, en la que se plantean los problemas del dolo en los delitos de omisión. Magistrado Ponente: Enrique Bacigalupo.

De un modo resumido, esos son los hechos probados: La procesada, afectada por una psicopatía de carácter leve, contrajo matrimonio y estableció una relación de familia con su marido y sus dos hijos, nacidos estos últimos de anteriores relaciones con hombres no identificados. Dos años después, cesó la convivencia conyugal y la procesada se quedó con la custodia de los hijos, acudiendo su marido a visitar a los niños de cuando en cuando. La procesada mantuvo posteriormente relaciones con otro hombre, con el que viajaba a menudo, descuidándose por completo de los niños, a los que dejaba solos en sus largas ausencias. En una de ellas, los vecinos advirtieron a la Policía de los gritos de socorro que provenían de la casa de la procesada. Cuando los agentes penetraron en la casa, encontraron a los dos niños encerrados en una habitación: uno de ellos había muerto de inanición y el otro se encontraba en grave estado de desnutrición, quedándole secuelas psíquicas por la horrible experiencia vivida.

El Tribunal Supremo desestima el recurso tendente a que se considerase que la procesada actuó sin dolo con estos argumentos:

«La doctrina científica a puesto de manifiesto que mientras en los delitos activos el dolo se estructura sobre la base de la decisión del autor de realización del tipo, en los delitos de omisión la característica básica del 'dolo' es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente»; «... el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa». «En el caso de los delitos de 'comisión por omisión' o delitos impro-

pios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado. Por el contrario, no forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante».

Según el Tribunal Supremo, la procesada tuvo conocimiento de la situación que generaba su deber de actuar, puesto que ella misma encerró a los niños; tuvo también conocimiento de su capacidad de acción y además, tuvo conocimiento de las circunstancias que fundamentaban su posición de garante. Por todo ello, el Tribunal Supremo no duda en calificar la conducta de la madre de parricidio doloso en comisión por omisión.

Homicidio

En la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo resulta difícil encontrar sentencias en las que se condene por el delito de homicidio doloso cometido por omisión. El Tribunal Supremo se muestra reacio a admitir esta forma de comisión del homicidio. En 1977 aparece el primer caso.

S. 21 de diciembre de 1977.

Magistrado Ponente: D. José Hijas Palacios.

El procesado atropelló con su coche a la víctima, una niña de trece años causándole graves lesiones de las que hubiera tardado en curar noventa días si se le hubiese practicado una difícil operación quirúrgica. Pero el procesado recogió a la víctima y la trasladó a un cobertizo donde la ocultó sin prestarle atención ninguna. La niña sufrió una neumonía que unida a las lesiones determinaron su fallecimiento.

El Tribunal Supremo ve con claridad la existencia de dos delitos. El primero el del atropello, un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones. Pero posteriormente el procesado «inicia una nueva actividad delictiva distinta de la anterior, porque la víctima estaba ya bajo su exclusivo amparo y protección y cometió un nuevo delito omitiendo toda clase de protección debida (...) con la previsión de un resultado no querido desde el principio pero mantenido después durante quince días (...) lo que quiere decir que el dolo de muerte cubrió y se aceptó en toda la actuación ciertamente recusable del procesado».

Considera el Tribunal Supremo esta comisión por omisión como hecho autónomo que sumado a su acción anterior, forman una «concausalidad adecuada o una causalidad añadida o reforzada».

El Tribunal Supremo exige que la comisión sea causal del resultado y así, en el considerando segundo de la sentencia establece que «entre la conducta omisiva y la mutación del mundo exterior ha de existir un ligamen o relación de causa-efecto con causalidad eficiente, moral y jurídica que haga al agente que omitió responsable del resultado por ser éste consecuencia natural y adecuada de inactividad subjetiva y objetiva».

En esta sentencia se define la omisión a efectos penales como «manifestación de voluntad mediante la inactividad, con un resultado o cambio en el mundo exterior, unidos por una relación de causalidad aunque sin fuerza motriz que provoque el resultado».

Por otro lado, y aunque el Tribunal Supremo no utiliza la expresión «posición garante», alude a ella cuando habla de que la víctima estaba «bajo su exclusivo amparo y protección».

S. 25 de abril de 1988.

Magistrado Ponente: Enrique Bacigalupo.

Hechos probados: Los dos procesados entran en el bajo de un inmueble en ruinas y descubren a un vagabundo. Tras burlarse de él y pegarle patadas le arrojan por el hueco de un balcón sin barandilla desde el primer piso. Los procesados habían prendido fuego previamente a un colchón con el fin de alumbrarse. Uno de los procesados tira el colchón en llamas por el balcón percatándose de que cae encima del vagabundo, a pesar de lo cual, se dirige hacia la puerta de salida, donde le esperaba el otro procesado. Este, al oír los gritos de la víctima se da cuenta de que el colchón ha caído encima de ella. La víctima, presentaba numerosas contusiones pero falleció a consecuencia de las quemaduras.

El Tribunal Supremo condena al procesado que arrojó el colchón por el balcón, como autor por omisión del delito de homicidio. Según el Tribunal Supremo, es cierto que el procesado no actuó con dolo ni con culpa en la acción de tirar el colchón respecto de la muerte de la víctima, pero lo que se le imputa es «no haber actuado, luego de percatarse de lo sucedido, para evitar que se produjera la muerte del afectado por las quemaduras. No quiso primeramente el resultado pero finalmente lo aceptó».

En esta sentencia, el Tribunal Supremo hace una interesante enumeración de los requisitos que deben darse en los delitos de omisión impropios, en relación con el supuesto de hecho enjuiciado. En primer lugar, «no cabe duda de que el recurrente creó el peligro antijurídico al arrojar el colchón hacia el lugar en que sabía que se podía encontrar la víctima. Por lo tanto, cuando se percató de que el peligro había tenido comienzo de concreción se encontraba en *posición de garante* fundada

en su hecho anterior y consecuentemente estaba obligado a actuar para impedir el resultado». Está claro que, en esta sentencia, el Tribunal Supremo fundamenta la posición de garante en el actuar precedente peligroso. En segundo lugar, «tuvo capacidad de acción necesaria para dar cumplimiento al deber emergente de su posición de garante». Y en tercer lugar, «no puede negarse el dolo del omitente cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción»; «... por consiguiente se pone de manifiesto el dolo del omitente cuando éste deja transcurrir los hechos sin actuar conociendo las circunstancias que fundamentan el peligro de producción de la muerte y su posibilidad de evitarlo».

El otro procesado es condenado por homicidio frustrado (arrojarlo desde el balcón).

S. 26 de junio de 1990.

Magistrado Ponente: Gregorio García Ancos.

Hechos probados: El procesado era propietario de una finca rústica de la que desaparecieron unas cabezas de ganado. Para buscar al culpable, solicitó la cooperación de dos amigos suyos. Estos fueron a una población próxima y hablaron con otra persona, inculpándola de los hechos a pesar de que dicha persona lo negaba. Por fin, condujeron a la víctima a la casa del primer procesado y allí le prendieron fuego rociándole previamente con gasolina, y todo eso en presencia del primer procesado que no hizo nada para evitarlo. La víctima murió a consecuencia de las quemaduras.

La sentencia resulta interesante en su totalidad pero analizaré sólo el punto en que el Tribunal Supremo considera al primer procesado culpable de un delito de homicidio por omisión por presenciar la acción sin hacer nada para evitarlo.

La Audiencia le había condenado ya como autor de un delito de homicidio en comisión por omisión. Se recurrió esta sentencia alegando que el Tribunal había hecho una interpretación extensiva del instituto de la comisión por omisión, al no incurrir en el procesado la condición de garante de la víctima, además de que en nuestro Código Penal no existe una cláusula general de equiparación entre hacer y omitir ni tampoco una tipificación expresa de los delitos omisivos. El Tribunal Supremo niega estos argumentos con otros:

a) En nuestro Código Penal sí existe cláusula que equipara acción y omisión en el artículo primero: los dos modos de actuar tienen idéntica categoría comisiva y deben ser valorados de la misma forma.

b) Ante esa cláusula general de equiparación no cabe hablar de que no existen tipos delictivos de carácter omisivo, pues el empleo de la

acción negativa en la realización de un hecho no tiene por qué estar incluida de manera concreta en el precepto definidor de un tipo, ya que se trata de un concepto genérico y debe estar incluido en la parte general, salvo que la omisión constituya la esencia del delito y su único medio comisivo.

En cuanto a la posición de garante, dice el Tribunal Supremo que para que pueda entenderse cometido un delito de comisión por omisión es imprescindible que el sujeto inculcado tenga la cualidad de garante de la víctima, es decir, que esté obligado a evitar la realización del hecho. Según la apreciación del Tribunal Supremo en esta sentencia, las circunstancias que puedan dar lugar a la posición de garante son muy variadas, pero hay dos definitorias: haber creado el peligro que desencadena la acción y haberse desarrollado ésta en su propio domicilio, en su presencia y con proporción de medios a los otros coautores. A la vista de la concurrencia de ambas circunstancias en el supuesto el Tribunal Supremo no tiene dudas en considerar que el inculcado se encuentra en posición de garante respecto del bien jurídico protegido y condena por homicidio por omisión.

El Tribunal Supremo desestima el recurso que pretendía la condena del inculcado por el delito del 338 bis y también el tendente a que se castigara al sujeto por homicidio en grado de complicidad.

S. 8 de julio de 1991.

Magistrado Ponente: Enrique Ruiz Vadillo.

También esta sentencia se hace eco ya de los planteamientos doctrinales sobre los delitos de comisión por omisión.

Los hechos probados son los siguientes: El procesado se hacía pasar por médico sin serlo e incluso había llegado a ser director de una clínica. Se ganó la confianza de una enferma de 84 años de edad que estaba ingresada en dicha clínica y le sustraía dinero. Cuando la anciana se enteró, el procesado se encargó de ella personalmente, suministrándole calmantes y prohibiéndole salir de la clínica y por supuesto, presentar denuncia. Como puede leerse en la sentencia, «... en vez de decidir el tratamiento adecuado, temeroso de que se descubriera su acción, se limita, aceptando que el resultado de muerte se produciría de inmediato, a mantener el estado ya descrito, continuando en la misma actitud...»

Reconoce el Tribunal Supremo que la calificación de la Audiencia de homicidio, aplicando la pena en grado mínimo resulta excesivamente benévola. «...determinación (...) que esta Sala no puede rectificar...».

«En el homicidio, continua la sentencia, cabe la modalidad de realización del tipo penal activa y omisiva, y también, por supuesto, cabe la comisión por omisión, sin problema alguno respecto al principio de legalidad que no se ensancha en absoluto con esta interpretación. El Código se refiere al que matare a otro y, en estos términos, la muerte dolosa puede y debe ser imputada a cualquiera que ponga una condición suficiente para producirla. Lo importante es que se llegue, por una vía correcta, a la inferencia del 'animus necandi' que en este caso aparece especialmente probado...»

«La doctrina científica se refiere, al tratar del delito llevado a cabo mediante la modalidad de comisión por omisión, a que el sujeto estuviera en condiciones de evitar el resultado y que ocupara la llamada posición del garante, es decir, que hubiera en el sujeto activo una obligación de actuar para evitar el resultado lesivo o, como en este caso, letal».

En el párrafo siguiente la apreciación del Tribunal Supremo resulta confusa. «... Y este actuar ni siquiera es de los que han de subsumirse en la modalidad de comisión por omisión, sino que alcanza una expresión específica omisiva, porque se trata de un actuar entre activo y omisivo, según las circunstancias, conjugando directamente el verbo del delito porque él sabe que eliminando toda ingesta vitamínica y prescribiendo fármacos como los que han quedado reflejados anteriormente, el resultado de muerte se produciría fatal e inmediatamente. Lo sabe y lo quiere y, de esta manera, la calificación de homicidio no ofrece ninguna duda».

S. 13 de julio de 1991.

Ponente: Moner Muñoz.

Los hechos probados son estos: Los procesados, uno de ellos el recurrente, golpearon repetidamente a la víctima durante largo tiempo. Tanto los procesados como la víctima se encontraban bajo la influencia de la ingestión de alcohol, pero esto no les privaba de su capacidad de conocimiento y voluntad. Después, los procesados abandonaron a la víctima y ésta murió posteriormente. El frío agravó la situación.

La Audiencia había condenado al recurrente por un delito consumado de homicidio. El procesado considera, en cambio, que los hechos fueron constitutivos del delito de lesiones. El Tribunal Supremo desestima el recurso. Cree que aunque la agresión no tuviera la entidad suficiente como para producir la muerte, debe condenarse al procesado por el delito de homicidio por no intentar evitar la muerte después del ataque. Se apoya en la teoría de la posición de garante: «... en todo caso, una vez que los propios procesados habían creado

una situación tan gravosa para la víctima, se convirtieron en posición de garantes para obviar el resultado dañoso que pudiera producirse, y al no evitar aquél, son autores en comisión por omisión del fallecimiento posterior de la persona a la que previamente habían inferido múltiples golpes, que normalmente debieron producir su muerte, a lo que coadyuvaron las circunstancias ambientales, sin que los procesados hicieran nada por intentar reducir los riesgos que debían haber previsto».

Falsedades y estafas

Aunque con carácter excepcional, el Tribunal Supremo ha castigado por los delitos de falsedades y estafas cometidos por omisión. Estas son las sentencias.

S. 13 de junio de 1951. Se trata de un inspector que extendió el acta sin recoger las irregularidades registradas en el curso de la inspección. La omisión de recoger las irregularidades hace que el Tribunal Supremo considere la comisión por omisión del delito de falsedad. Reconoce el Tribunal Supremo que «el delito de falsedad puede realizarse también por omisión».

S. 4 de octubre de 1974. Este es, en resumen, el supuesto de hecho: Se vende una finca con casa de labores y en la escrituras no se hace constar la existencia de un derecho de arrendamiento sobre la primera planta de dicha casa.

Según el Tribunal Supremo «se puede faltar esencialmente a la verdad mediante omisión de extremos fundamentales en escritura pública, dando así lugar a una falsedad ideológica en comisión por omisión».

Y estos son los casos en los que el Tribunal Supremo considera que hay delito de estafa por omisión:

S. 10 de noviembre de 1978. La estafa se llevó a cabo librando letras de cambio como medio de pago, letras que no se pagaron al vencimiento ni, por supuesto, más tarde.

Esta es la argumentación del Tribunal Supremo: «La estafa por omisión no es muchas veces tal, sino una verdadera estafa activa en la que el silencio o encubrimiento de la verdad se conecta con una acción anterior llamada 'concluyente', por la que el sujeto activo simula una prestación contractual que no puede llevar a cabo, de modo que la otra parte se despoje de un bien patrimonial inducida por la falsa creencia

de estar llevando a cabo un verdadero acto de tráfico civil o mercantil».

S. 27 de noviembre de 1990.

Magistrado Ponente: Manuel García Miguel.

El procesado vendió una finca con pacto de reserva de dominio. En la escritura de compra-venta no hace el vendedor ninguna mención a la existencia de una hipoteca constituida sobre esa finca.

Es el tercer fundamento de derecho el que nos interesa. «Doctrinalmente ha sido discutida la posibilidad de cometer la estafa por omisión, existiendo un sector doctrinal que entiende que la maniobra engañosa ha de ir acompañada de comportamientos activos y que los supuestos de omisión deben quedar relegados al ámbito civil por el menor desvalor que representa la Acción. Este Tribunal ha admitido la modalidad omisiva cuando se silencian o se ocultan circunstancias existentes en el momento de la contratación que debieron ser puestas en conocimiento de la parte contratante (...) aunque quizá debiera restringirse la posibilidad de la comisión por omisión a aquellos supuestos en que el enajenante (...) tenga un especial deber de eliminar el error en que la otra parte pudiera incurrir por la inactividad suya, como sucede en este supuesto».

El Tribunal Supremo admite expresamente la posibilidad de cometer la estafa por omisión y, como precedente, hace referencia a las sentencias de 25 de septiembre de 1970 y de 22 de enero de 1975. En esas sentencias se enjuician supuestos de obtención de créditos o realización de ventas ocultando una situación de insolvencia. En ambos casos el Tribunal Supremo consideró que se daba el delito de estafa pero ciertamente en ninguno de los dos habla de «estafa por omisión». Los números de Aranzadi de esas sentencias son el 3568 y el 177, respectivamente. Hasta la sentencia del año 1978, anteriormente citada, no hay referencia al tema de la estafa por omisión.

S. 17 de septiembre de 1990.

Magistrado Ponente: J. Delgado García.

El Tribunal Supremo se plantea la posibilidad de admitir la comisión por omisión del delito de estafa.

Se trataba del siguiente supuesto de hecho: El procesado compró una empresa y manifestó a la entidad vendedora una carencia temporal de numerario. Dio una relación de bienes que le avalaban sin hacer referencia a que estos bienes no eran sólo suyos, sino que existía una copropiedad y ocultó además una deuda superior a 100 millones de pesetas. Fingió una solvencia que hizo incurrir en error a la entidad que le

vendió la empresa, entidad que no hubiera realizado el negocio de haber conocido la verdad.

Según el Tribunal Supremo «esto plantea el problema de si es posible cometer por omisión un delito como la estafa en el cual, al describirse el tipo, se concreta una modalidad de comportamiento activo que se define como ‘engaño bastante para producir error en otro’». «Hay que decir que la actuación del procesado fue de carácter complejo (...), pues aparentó una solvencia suficiente con la relación de bienes que presentó (conducta activa), ocultando la realidad de las importantes deudas que gravaban su patrimonio (conducta omisiva)».

«Lo cierto es, continúa el Tribunal Supremo, que este problema en el fondo es una cuestión de relación de causalidad o, si se prefiere, de imputación objetiva, consistente en determinar si la verdadera causa del error padecido por quien realizó el acto de disposición es o no el antes referido comportamiento global del acusado, o si, por el contrario, radica en una negligencia o desidia de la víctima, quien debió investigar la verdadera situación patrimonial del comprador».

El Tribunal Supremo concluye que en cualquier caso, aunque hubiera habido negligencia de la víctima, «el delito habrá existido, pues ello no podría impedir la imputación del hecho a quien obró con mendacidad faltando a la verdad al simular una situación de solvencia de la que carecía».

Aunque se condena por el delito de estafa y la sentencia plantea la posibilidad de que sea por omisión, el Tribunal Supremo no examina a fondo el asunto. Lleva a cabo un planteamiento del problema, pero no se pronuncia con firmeza sobre la postura que adopta al respecto.

Auxilio e inducción al suicidio

El Tribunal Supremo sostiene la tesis de la posibilidad de admitir la comisión por omisión del delito de auxilio e inducción al suicidio en tres sentencias.

S. 26 de marzo de 1916. Supuesto de hecho: Un hombre y una mujer se ponen de acuerdo para suicidarse. Para ello eligen un lugar adecuado. El estaba presente cuando ella escribía la carta despidiéndose de sus padres y cuando por fin se suicidó disparándose a la cabeza.

El Tribunal Supremo condena a él por auxilio al suicidio con estos argumentos:

«...es sin duda un acto de auxilio, ya que una determinación de esa naturaleza exige resolución y entereza que se afirman y acentúan desde el momento en que, nacida en el ánimo de una

persona, encuentran acogida en otra que, al secundarlas, da a la primera valor y energía superiores...»

«... el hecho de llevar a ella a esa casa, de presenciar cómo escribía la carta y cómo se disparaba sin que él, que asistía impasible a esos actos, no tratase en ninguna forma de impedirlo o evitarlo, es una omisión de elementales deberes, con la cual de modo eficaz auxilió a ella en la realización de su propósito que, en otro caso, no hubiera podido llevar a efecto en esa forma, por todo lo que, si se atiende a que hubo auxilio moral, auxilio material activo y auxilio material pasivo, procede declarar que tales hechos constituyen el delito antes mencionado».

Se trata de un supuesto complejo, puesto que el procesado omitió: «asistía impasible a esos actos», pero también actuó: «el hecho de llevar a ella a esa casa», por ejemplo. El Tribunal Supremo, además, no habla de que, en el caso concreto, el delito se cometiese por omisión. Tampoco hace referencia a la posición de garante del inculpado respecto del bien jurídico lesionado, pero sí menciona la «omisión de elementales deberes» por parte del procesado, lo que podría servir para fundamentar la posición de garante del mismo en caso de que el Tribunal Supremo se refiriese a deberes jurídicos y no sólo morales.

S. 8 de noviembre de 1961. Exige el Tribunal Supremo que se dé en el procesado la posición de garante para poder castigarle por el delito de auxilio e inducción al suicidio por omisión, ello a pesar de que no utilice el término «posición de garante». Se establece en la sentencia que al marido de la víctima se le debe condenar por dicho delito, mientras que a otras personas (que no se encontraran en posición de garante), se les condenaría por el delito de omisión del deber de socorro.

El marido ve cómo su mujer traga sulfumán con el ánimo de suicidarse y no hace nada para evitar las fatales consecuencias.

Estas son las consideraciones del Tribunal Supremo: «La muerte de una persona a la que antecede determinada actuación de su cónyuge no constituye parricidio doloso (...) ha de calificarse con arreglo a las categorías delictivas de nuestro Código y hallándose obligada cualquier persona so pena de incurrir en el delito de omisión del deber de socorro y más determinadamente el marido, a prestar asistencia a quien se encuentra en la situación de la suicida, la inactividad, aunque no estuviera animada del propósito de ver ocasionada la muerte y ésta fuera iniciada de mano de la propia moribunda, constituye un acto de omisión de socorro; mas como fue seguido del dolo del marido, manifestado por actos exteriores de dificultar la labor de auxilio a su mujer, es una omisión de socorro que alcanza el deseo de que se produzca la muerte y en el curso del proceso mortal ya iniciado por mano y voluntad aje-

nas y después desistido, coopera por su inasistencia a partir del momento en que su hijo marcha a avisar al médico»; «... se aplica el 409: prestación de auxilio al suicida aun habiendo desistido el matador de sí mismo de su resolución de privarse de la vida».

S. 15 de diciembre de 1977. Aunque en esta sentencia el Tribunal Supremo condenó por homicidio-suicidio u homicidio consentido por acción, resulta interesante para el estudio del tema que nos ocupa, puesto que en ella el Tribunal se ratifica en su posición de admisión de la posibilidad de apreciar la comisión por omisión del delito de auxilio e inducción al suicidio.

Se trata de dos amantes que desean quitarse la vida y realizan con ese fin acciones paralelas: inyectarse un veneno. El sobrevive e inyecta él mismo el veneno a su amante, que muere.

Este es el Considerando de la sentencia que nos interesa: «El 409 castiga la inducción y auxilio al suicidio que puede implicar ayuda tanto necesaria como accesoria y *tanto activa como pasiva*, que requiere el consentimiento del auxiliado y que puede obedecer a móviles altruistas pero también a móviles abyectos». «El 409 castiga también el auxilio al suicidio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte llamado homicidio-suicidio, homicidio consentido, homicidio consensual, auxilio ejecutivo al suicidio o finalmente homicidio concertado con la víctima que desea morir (...) que requiere por parte del auxiliador una ejecución activa y material».

En conclusión, el Tribunal Supremo admite el auxilio e inducción al suicidio por omisión pero no el homicidio-suicidio por omisión.

CAPITULO SEGUNDO

Delitos imprudentes por omisión

En todos los delitos culposos el autor no debe haber observado el cuidado objetivamente debido, debe haber *omitido* la observación de ese cuidado. Pero esta omisión, que existe en todos los delitos culposos, tanto si se han cometido por acción como por omisión, no debe confundirse con la *omisión entendida como no-acción*; ésta sólo puede (y debe) darse en los delitos imprudentes por omisión y es independientemente de la inobsevancia del cuidado objetivamente debido.

La distinción anteriormente citada es obvia. Sin embargo, algunas sentencias del Tribunal Supremo resultan confusas en este sentido ya que, aun tratándose de supuestos de delitos imprudentes en comisión por omisión, cuando el Tribunal Supremo utiliza el término «omisión»

se refiere a omisión del cuidado objetivamente debido y no a omisión de acción.

Por otro lado, el Tribunal Supremo no da un tratamiento diferenciado a los delitos culposos por omisión respecto a los cometidos por acción salvo en algunas sentencias muy recientes, las cuales representan una mínima parte dentro de las numerosísimas sentencias referidas al tema.

Lo expuesto en los párrafos anteriores puede dar una idea de lo difícil que resulta descifrar la verdadera intención del Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias; cuál era exactamente su opinión respecto al caso concreto. Su planteamiento es sencillo, pues para apreciar «imprudencia punible», exige: una acción u omisión negligente, un resultado tipificado como delito y relación de causalidad entre acción u omisión y resultado. De aquí sólo puede extraerse la conclusión de que el Tribunal Supremo acepta la comisión por omisión culposa en innumerables ocasiones, aunque en esas sentencias no entre a analizar los planteamientos dogmáticos, sobre el tema. Cabe decir en su descargo que tampoco la Doctrina española ha profundizado excesivamente en el estudio de los delitos culposos en comisión por omisión y esto a pesar de que los delitos imprudentes, ya se cometan por acción o por omisión, son mucho más frecuentes en la vida real que los dolosos.

Y ya sin más preámbulos paso a analizar esos «casos» o «supuestos» que se repiten constantemente, en los que el Tribunal Supremo condena por delitos imprudentes a quienes se abstuvieron, sin dolo, de realizar una acción que debían haber llevado a cabo.

Imprudencia temeraria o simple (con o sin infracción de reglamentos) del guardabarreras

Son muy frecuentes en nuestra jurisprudencia las sentencias que castigan a los guardabarreras que, por no bajar la barrera del paso a nivel que estaba a su cargo, no impiden la colisión entre el tren y un vehículo que atravesaba la vía en ese momento. También es un caso citado por la doctrina con asiduidad como prototipo de delito de comisión por omisión por imprudencia. El guardabarreras asume voluntariamente una obligación de vigilancia en virtud de un contrato y por ello se sitúa en posición de garantía de los bienes jurídicos que puedan resultar dañados por su conducta negligente. Pero el Tribunal Supremo no apoya sus decisiones en la teoría de la posición de garante hasta sentencias recientes.

Los resultados, obviamente, son variados: unas veces se producen daños, otras lesiones y otras veces el resultado es de muerte. El Tribu-

nal Supremo castiga por delitos de imprudencia temeraria, imprudencia simple o falta, dependiendo de la gravedad de la negligencia, con resultado de daños, muerte, lesiones o varios de estos resultados según los casos. Castiga por un sólo delito de imprudencia con estos resultados.

S. 8 de abril de 1929. El conductor de un automóvil murió al ser arrollado por el tren. El Tribunal Supremo condenó al guardabarreras por imprudencia simple con infracción de reglamentos, por no haber cerrado la barrera como era su obligación. El término «omisión» que se utiliza en esta sentencia se refiere a la omisión de la observancia del cuidado objetivamente debido: «... imprudente omisión del deber...».

Muy similar es la argumentación de las sentencias de 27 de junio de 1932, 22 de septiembre de 1934 y 16 de octubre de 1946.

S. 5 de julio de 1948. El procesado no cerró como era su deber el paso a nivel. En su tercer considerando la sentencia habla de «relación causa-efecto entre su notorio descuido y el mal que su negligencia ocasionó». La relación de causalidad entre omisión y resultado es exigida una vez más por el Tribunal Supremo sin reparos.

También la sentencia de 8 de mayo de 1952, examina un caso de guardabarreras.

S. 22 de junio de 1962. El guarda permaneció en el interior de la casilla a pesar de haber recibido el anuncio del paso de un tren. Cuando observó que un camión coincidía con el tren, se apresuró a cerrar la barrera, pero era demasiado tarde. El Tribunal Supremo le condena por imprudencia temeraria con resultado de muerte y lesiones.

Otras sentencias que enjuician hechos similares en la década de los 60 son:

Sentencias de 21 de octubre de 1962 (imprudencia temeraria con resultado de daños y muerte), 25 de abril de 1964 (imprudencia temeraria con resultado de muerte y lesiones), 25 de mayo de 1964 (imprudencia simple con infracción de reglamentos y resultado de daños), 14 de octubre de 1964 (imprudencia temeraria con resultado de daños y lesiones), 3 de julio de 1965 (falta de imprudencia, puesto que el procesado no acude con la rapidez necesaria y consigue cerrar sólo una parte de la barrera), 19 de octubre de 1967 (imprudencia simple con resultado de muerte y daños), 20 de diciembre de 1967 (imprudencia temeraria con resultado de daños, por no cerrar el paso a nivel «confiando en un indeterminado retraso horario»), 3 de mayo de 1968 (imprudencia temeraria con resultado de muerte, lesiones y daños), 11 de mayo de 1968 (imprudencia temeraria con resultado de muerte y da-

ños, delito en el que incurre el factor de circulación por no cambiar las agujas cuando debía hacerlo) y otras.

S. 14 de junio de 1969. El Tribunal Supremo condena al procesado por el delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos y resultado de muerte y daños. En esta sentencia se hace mención a ese especial deber de vigilancia que incumbe a los guardias de vías en virtud de contrato, aunque no exige todavía posición de garante.

Así, según el Tribunal Supremo, «existe responsabilidad en el jefe de Sección de Instalaciones fijas de la Renfe que, *teniendo a su cargo el cuidado y conservación del tramo de vía correspondiente*, permite que un paso a nivel presente los carriles de ferrocarril sobresaliendo de 8 a 10 cms. sobre el terreno, presentándose como un peligroso obstáculo para la circulación».

Ya en la década de los 70, sentencias de 23 de febrero de 1970 (imprudencia temeraria con resultado de daños), 4 de diciembre de 1970 (imprudencia temeraria con resultado de muerte), 1 de julio de 1971 (imprudencia temeraria en relación con los artículos 407 y 420), 3 de febrero de 1972 (imprudencia temeraria en relación con el artículo 407 y lo mismo en sentencia de 27 de octubre de 1972).

S. 2 de marzo de 1977. El Tribunal Supremo aprecia la comisión del procesado del delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte, lesiones y daños. La sentencia hace referencia a la especial posición del que asume un deber «voluntaria y contractualmente», pero no lo enfoca en el sentido de fundamentar una posición de garante, sino en el sentido de que la imprudencia se convierta en temeraria por incumplimiento de ese deber; «... resulta indudable que la reprochabilidad de la conducta de éste (del agente) será más grave en cuanto que el deber de actuar omitido haya sido asumido voluntaria y contractualmente, porque en tales casos a la obligación social genérica de comportarse correctamente con arreglo a las exigencias legales o consuetudinarias, se suma la aceptada contractualmente que le impone otras concretas y específicas que agravan su responsabilidad convirtiendo casi siempre su culpa en temeraria...».

S. 13 de junio de 1981.

Ponente: Bernardo Francisco Castro Pérez.

Por fin sigue el Tribunal Supremo la teoría de la posición de garante en esta sentencia.

El Tribunal Supremo considera que el procesado incurrió en un delito de imprudencia temeraria en comisión por omisión. Según los hechos probados, una compañía de ferrocarriles transfirió al procesado la

custodia de un paso a nivel sin guarda, «recibiendo a tal fin, las llaves de los candados de las cadenas que cierran el mismo, y asumiendo a partir de dicha fecha las responsabilidades que pudieran derivarse a consecuencia de los accidentes que por cualquier motivo pudieran producirse...». El Tribunal Supremo considera acertadamente que el procesado asumió, así contractualmente, la posición de garante, «que imponía a éste el deber de adoptar las precauciones necesarias para impedir el luctuoso resultado...». El procesado no cerró la vía en las horas en que pasaban los trenes para evitar colisiones e «incurrió en una imprudencia o negligencia grave o temeraria que realiza o integra el tipo penal contemplado en el art. 565, n.º 1.º, construido como un delito de comisión por omisión...».

A continuación, el Tribunal Supremo señala qué requisitos deben darse para poder apreciar un delito de comisión por omisión imprudente:

- «1) Que la omisión sea condición negativa del resultado.
- 2) Que tal condición aparezca como suficiente en caso de haberse cumplido, para impedir el resultado o sea que la acción jurídicamente esperada no puede ser imaginada hipotéticamente como existente, sin que deje de desaparecer el resultado en su manifestación concreta, y 3) Que tal omisión tenga lugar hallándose o encontrándose el sujeto imputado en posición de responsable, en este caso por ingerencia o garantía, ya que la equiparación de la omisión con el hacer activo tiene su base en una especial situación de deber jurídico de impedir el resultado...».

Según el Tribunal Supremo, en el caso se dan estos elementos: a) Omisión que aparece como condición negativa y b) Esta omisión significa una grave infracción del deber de cuidado. Insiste el Tribunal Supremo en la relación de causalidad «innegable y predominante» que se da entre omisión y resultado, puesto que de haberse bajado las barreras, el automóvil en el que viajaban las víctimas no hubiese penetrado en la vía y no se hubiera producido el accidente.

No se encuentra ninguna argumentación interesante en sentencias de 22 de abril de 1982 y 26 de marzo de 1990, también referidas a casos de guardabarreras.

Imprudencia temeraria o simple (con o sin infracción de reglamentos) del encargado de línea eléctrica

También los encargados de conservación de líneas eléctricas asumen una obligación contractual que les hace incurrir en responsabilidad en caso de que, por su conducta negligente, resulte dañado un bien

jurídico de los que estaban bajo su ámbito de protección. Esa conducta negligente puede consistir en una acción o en una omisión.

S. 26 de enero de 1910. El Tribunal Supremo condena por el delito de homicidio por imprudencia.

«No habiendo el procesado cortado la corriente eléctrica al serle avisado de hallarse sobre la carretera un hilo de teléfono que produjo la muerte del interfecto, incurrió en la responsabilidad de autor de Homicidio por imprudencia con infracción de reglamentos». El procesado no actuó, no llevó a cabo una acción tendente a evitar el resultado. Tampoco hubo observancia del cuidado objetivamente debido.

S. 28 de diciembre de 1927. Este es el supuesto de hecho: Como consecuencia del mal estado de un cable de fluido eléctrico, se produjo una ruptura que causó la muerte a dos personas y lesiones a otras dos. Se hace responsable de este resultado al encargado de conservación de la línea eléctrica por omitir la oportuna reparación del cable.

S. 6 de febrero de 1948. El Tribunal Supremo condena por el delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones al encargado de vigilar la instalación de unos cables eléctricos. Los obreros dejaron un cable suelto y un niño se electrocutó.

Otras sentencias que enjuiciaron casos muy similares a los anteriores y que el Tribunal Supremo resolvió también de un modo similar son: sentencias de 15 de marzo de 1948, 9 de mayo de 1951 y 20 de diciembre de 1955, entre otras.

Tampoco en las sentencias de los años 60 relativas al tema, se observan modificaciones sustanciales en las argumentaciones del Tribunal Supremo. Pueden verse, en este sentido, las sentencias de 20 de diciembre de 1961, 25 de octubre de 1962, 17 de diciembre de 1962, 16 de abril de 1963, 2 de abril de 1964, 26 de junio de 1964, 5 de noviembre de 1964, 29 de mayo de 1965, 3 de junio de 1965, 10 de febrero de 1967, 12 de mayo de 1967, 12 de diciembre de 1967; 16 de mayo de 1968 y 28 de junio de 1968.

En la década de los 70, el Tribunal Supremo hizo referencia en alguna ocasión a esa «omisión» que «causa» el resultado.

S. 10 de junio de 1972. El dueño de una línea telefónica particular, «... debió mantenerla en condiciones de que no supusiera un peligro para nadie. Mas como mantuvo los hilos sin condiciones de seguridad (...) se produce un desprendimiento por abandono, quedando así perfilado el primer requisito de la imprudencia: *omisión voluntaria, no maliciosa*. El desprendimiento hace que se cruce con una línea eléctrica, manteniendo esta situación de inminente peligro durante varios días sin adoptar como propietario medida alguna para evitar los males en po-

tencia, siendo totalmente previsible, evitable y presumible que el paso por tal pasaje podría resultar fatal».

Resalta la sentencia el hecho de que el omitente sea «propietario» de la línea eléctrica, lo que le hace asumir un especial deber de vigilancia del buen estado de la misma.

S. 14 de noviembre de 1972. El Tribunal Supremo hace referencia a la relación de causalidad que exige entre omisión y resultado en todos los delitos culposos, dando idéntico tratamiento a la comisión de los mismos por omisión que a su comisión mediante un comportamiento activo.

«La descarga eléctrica que determinó la muerte de un obrero se debió al deficiente estado de la instalación eléctrica que daba fuerza y luz a los aparatos con que trabajaba éste, con lo que queda establecida la relación causal y la imprudente conducta del procesado (...), que aun conociendo esas deficiencias omitió las precauciones elementales de seguridad que hubiesen evitado el fallecimiento».

S. 30 de junio de 1976. Incurrir en el delito de imprudencia temeraria el encargado de una línea de conducción de electricidad que deja que un obrero suba a un poste a realizar una conexión y recibe una descarga eléctrica. El procesado no había tomado precaución ninguna; «... ni siquiera se cercioró de que la corriente estaba cortada, creando por su pasiva inactividad e inepto comportamiento, una situación determinante 'per se' de peligro cierto, causante del luctuoso suceso». El resultado fue la muerte del obrero, por lo que la imprudencia temeraria se pone en relación con el artículo 407.

S. 19 de junio de 1978. También en esta sentencia se hace mención a que «El procesado, dándose cuenta del peligro (...), omitió tomar las precauciones específicamente necesarias, todo lo cual tipifica la imprudencia grave en que incurrió el procesado». El verbo «omitir» utilizado en esta sentencia, resulta ambiguo; puede hacer referencia tanto a omisión como no-acción, como a no observancia del cuidado objetivamente debido.

Otras sentencias de los años 70 menos interesantes son las de 10 de noviembre de 1970, 17 de diciembre de 1974, 3 de noviembre de 1976 y 3 de diciembre de 1979, entre otras.

S. 17 de febrero de 1982. Esta sentencia merece una especial atención, pues no sólo habla de comisión por omisión, sino que exige, además, que se dé en el autor la posición de garante como fundamento de su deber actual.

Según el criterio fáctico, el procesado, que desempeñaba el cargo de Jefe de Distrito de Hidroeléctrica Española, S.A., recibió una carta

del señor G.C. en la que éste le notificaba que los cables de una línea de conducción eléctrica de alta tensión, cruzaban por encima de una granja de su propiedad a menor altura que la establecida reglamentariamente, lo que representaba un grave peligro para obreros, animales y piensos. A pesar de haber recibido esa carta, el procesado no adoptó ninguna clase de medida de precaución.

En vista de estos hechos, el Tribunal Supremo considera que: «El procesado omitió los más elementales deberes de cuidado que venía obligado a observar para evitar los males que podrían derivarse de tal situación, siendo perfectamente previsibles para él dada su profesión de técnico de electricidad, por lo que su conducta debería calificarse de imprudencia temeraria grave, sobre todo si además se tiene en cuenta su *posición de garante*, asumida por el recurrente en la zona donde se produjo el accidente que tenía como fuente el contrato pactado con la compañía propietaria o concesionaria de las líneas eléctricas y que le obligaba a cuidar de su conservación y mantenimiento en perfecto estado, comunicando todas las anomalías del tendido (...) cosa que no hizo (...) a pesar de la carta que le fue escrita, por lo cual, su inexplicable y antijurídica *inacción u omisión impropia* (ya que dada la posición de garante tenía el deber de actuar) que se hallaba en relación causal con el accidente (pues de haber actuado como se esperaba se hubiera evitado éste) no puede ser atribuida a ignorancia de la situación, que de haber sido diligente hubiera conocido ya, por razón de su empleo, sin necesidad de carta, sino a una actitud de frialdad e indiferencia hacia lo que podía ocurrir, lindante con el dolo eventual...».

El Tribunal Supremo hace referencia a la negligencia grave que se da en el caso concreto o inobservancia del cuidado objetivamente debido, a la no realización de una acción que podía y debía haberse realizado, dada la posición de garante del procesado que asumió mediante contrato, y por último se refiere también, una vez más, a la relación de causalidad entre omisión y resultado, que el Tribunal Supremo ampara en la idea de que, de haberse llevado a cabo la acción omitida —esperada—, se hubiera evitado el resultado. Con la mención a estos requisitos, el Tribunal Supremo sigue la argumentación de la doctrina mayoritaria respecto al tema «delitos de comisión por omisión».

También en los años noventa, el Tribunal Supremo se ha encargado de enjuiciar supuestos similares, si bien no ha sido tan explícito en estas sentencias como en la de 1982. A modo de ejemplo, trata el tema de vigilantes de la seguridad de líneas eléctricas, en sentencias de 5 de julio de 1990 y 22 de diciembre de 1990. En la primera de ellas se trataba del Director Técnico y del Capataz de un tendido eléctrico que no cumplen sus obligaciones de control y vigilancia de medidas de seguridad, con el resultado de la muerte por electrocución de un obrero.

Imprudencia temeraria o simple (con o sin infracción de reglamentos) de directores de obras, aparejadores, arquitectos.

Son muy numerosos en la vida cotidiana los supuestos en los que, como consecuencia de una conducta negligente del aparejador, arquitecto, etc., de una obra, se producen resultados lesivos a bienes jurídicos muy variados. Cuando se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre supuestos de este tipo y su sentencia ha sido condenatoria, sus argumentos no son diferentes, según se haya cometido el hecho por acción o por omisión. De esta observación puede inferirse que nuestro Tribunal Supremo ha admitido siempre la comisión por omisión de delitos de homicidio, lesiones y/o daños, todos ellos por imprudencia o, como el mismo Tribunal Supremo diría, la comisión por omisión de delitos imprudentes (sea la imprudencia temeraria, simple —con o sin infracción de reglamentos—) y también faltas imprudentes, con resultado de muerte, lesiones y/o daños, condenando por estos delitos o faltas a los directores de obras negligentes. Pero tampoco en estos casos se encuentra una expresa mención a la comisión por omisión hasta los años setenta. Estas sentencias darán idea de la evolución jurisprudencial al respecto.

S. 28 de septiembre de 1887. Estos fueron los hechos: El director de una obra que consistía en reformar la fachada de una casa, no dispuso la colocación de andamios con su tabla vertical ni la de avisos reglamentarios para indicar peligro y prohibición de pasar por allí, «... siendo tales omisiones causa determinante de que la caída de la palanqueta ocasionase la muerte de un transeúnte». En esta «relación de causalidad» y en la afirmación de que «lo mismo se delinque por acción que por omisión», fundamenta el Tribunal Supremo la responsabilidad del director de la obra.

S. 5 de julio de 1927. El contratista de una obra, omitió el deber de colocar una valla que rodease aquella, infringiendo las Ordenanzas Municipales que así lo estipulaban. Un tablón cayó al suelo y lesionó a un transeúnte, ocasionándole la muerte posterior. El Tribunal Supremo considera que el contratista incurre en el delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos y resultado de muerte.

S. 8 de mayo de 1952. Considera el Tribunal Supremo que cometió el delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte y lesiones el contratista de una obra por no haber contratado un aparejador que dispusiera la buena colocación de los materiales. Se produjo el derrumbamiento del edificio con los resultados mencionados.

S. 14 de mayo de 1955. Por el mismo delito que en la sentencia citada anteriormente, se condena al contratista de una obra por no hacer las reparaciones necesarias en un edificio en construcción, que finalmente se derrumbó. Muy similar a ésta es la sentencia de 6 de julio de 1955.

Ya en los años sesenta,

S. 29 de abril de 1960, El Capataz y el Encargado de obra tenían en casi completo abandono la dirección de la misma, «... incurriendo en negligencia en el cumplimiento de sus deberes sin vigilar ni visitar la obra aun conscientes del peligro...». Se produjo un derrumbamiento y el Tribunal Supremo les condenó por el delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte y lesiones graves.

S. 16 de noviembre de 1960. El Tribunal Supremo condena por el delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones y muerte, a un arquitecto por no cumplir con su obligación de vigilancia.

S. 20 de mayo de 1961. En esta sentencia pueden encontrarse ya algunos datos de interés. En uno de los considerandos se dice que: «La causa originaria del accidente que costó la vida a un obrero, ha dimanado de no haber observado el procesado, como contratista de una obra, las preocupaciones más elementales para evitar el riesgo que el ejercicio del trabajo a que la víctima se dedicaba pudiera ocasionarle en su vida, ya que trabajando bajo una línea de alta tensión, no fue avisado por el empresario del grave peligro que corría (...) y como esta omisión del procesado acarreó un mal a un productor a sus órdenes (...) es notorio que el daño se ha producido por un acto de negligencia imputable a quien estaba obligado a evitarlo como empresario...». Se hace referencia a la concreta omisión del procesado, así como a la relación de éste con la víctima (empresario-productor a sus órdenes), que coloca a aquél en una especial situación de protección de su empleado. Puede decirse que se exige ya, aunque todavía no expresamente, una especial situación del procesado para poder fundamentar su responsabilidad a título de comisión por omisión.

S. 31 de marzo de 1962. En ella el Tribunal Supremo considera que el contratista de una obra incurrió en el delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos y resultado de muerte. «La construcción de andamios, argumenta el Tribunal Supremo, sin barandillas ni medidas de seguridad es constitutiva de imprudencia en cuanto que voluntariamente se crea una situación de peligro para los que trabajan en esas condiciones (...), cosa que no podía pasar inadvertida al procesado por su profesión de contratista de obras que necesariamente debió prever esos peligros». La referencia de esta sentencia a la «creación de

una situación de peligro» por la no adopción de medidas de seguridad, podría ser interesante si el Tribunal Supremo hubiese fundado en ella la responsabilidad del contratista a título de comisión por omisión, pero pierde su interés al emplearla exclusivamente para catalogar de imprudente la conducta del contratista.

También se hacen responsables a capataces, arquitectos, contratistas, etc., por la no adopción imprudente de medidas de seguridad y vigilancia en sentencias de 2 de abril de 1962, 23 de junio de 1962, 3 de diciembre de 1962, 14 de enero de 1963, 8 de febrero de 1963, 23 de octubre de 1963 (en la que hace mención expresa de la relación de causalidad entre omisión y resultado), y sentencia de 4 de diciembre de 1963.

S. 24 de febrero de 1964. En esta sentencia el Tribunal Supremo (Ponente, Quintano Ripollés), admite la figura del cooperador pasivo.

Se considera autor de imprudencia en su grado máximo de temeridad (y resultado de muerte) al dueño de una obra y única persona de la que el oficial albañil acataba órdenes, que pese a haber sido advertido por el Arquitecto de su deficiente gestión en la dirección, con el consiguiente peligro para los obreros, no obró en consecuencia por lo que incurrió en culpa consciente y como consecuencia de esta omisión se produjo un hundimiento. El Tribunal Supremo considera al *Aparejador cooperador omisivo* por no actuar, pese a constarle la incompetencia del dueño de la obra. Alude la sentencia a la existencia de relación de causalidad entre esas omisiones y el resultado. El Tribunal Supremo admite la participación en un delito de omisión (no con carácter general, sino sólo en esta sentencia). No resulta fácil, sin embargo, defender la posibilidad de que haya partícipes en los delitos de omisión. Antes bien, es más correcto pensar que todo el que omita la acción debe considerarse autor.

Hasta los años setenta no se encuentra ninguna sentencia merecedora de mención especial, aunque hasta entonces el Tribunal Supremo dicte sentencia sobre casos similares en numerosas ocasiones. Así, entre otras, pueden verse al respecto: sentencias de 18 de abril de 1964, 9 de mayo de 1964, 19 de junio de 1964, 20 de octubre de 1964, 22 de octubre de 1964, 10 de noviembre de 1964, 24 de junio de 1965, 7 de octubre de 1966, 12 de diciembre de 1966, 28 de marzo de 1967, 5 de abril de 1967, 26 de mayo de 1967, 8 de junio de 1967, 13 de junio de 1967, 20 de septiembre de 1967, 14 de octubre de 1967, 20 de enero de 1968, 8 de febrero de 1968, 17 de febrero de 1968, 29 de abril de 1968, 23 de septiembre de 1968, 8 de octubre de 1968, 11 de octubre de 1968, 4 de noviembre de 1968, 7 de noviembre de 1968, 30 de noviembre de 1968, 24 de septiembre de 1969, 10 de marzo de 1969 (en la que vuelve a hablar de omisión, que crea una situación peligrosa imputable

al encargado de una obra, omisión a la que da el mismo tratamiento que si de una acción se tratase), 30 de abril de 1969, 19 de enero de 1970, 28 de febrero de 1970, 15 de junio de 1970, 6 de octubre de 1971, 3 de diciembre de 1971, 25 de febrero de 1971 (en la que considera que un arquitecto cometió una negligencia y omisión *in vigilando*, pero sigue sin hablar de comisión por omisión), 29 de abril de 1972, 17 de octubre de 1972, 4 de diciembre de 1972, 29 de enero de 1973 y 5 de junio de 1973.

S. 6 de junio de 1973. Esta sentencia resulta interesante por el hecho de que establece la diferencia que en tantas ocasiones olvida el Tribunal Supremo entre omisión de la observancia del cuidado objetivamente debido, requisito imprescindible en todo delito imprudente, sea cometido por acción o por omisión, y omisión entendida como no-acción, que forma parte obviamente de los delitos cometidos por omisión.

El supuesto de hecho no difiere esencialmente de otros sobre los que ya se pronunció el Tribunal Supremo. Se trata de un obrero que trabajaba en un andamio a cinco metros de altura y cayó del mismo, produciéndose de inmediato su fallecimiento. Este obrero trabajaba bajo la dirección del procesado, sin estar protegido por cinturón de seguridad ni barandilla alguna. Además, el procesado llevaba cinco días sin acudir a la obra y sin ejercer, por consiguiente, su deber de vigilancia.

Según el Tribunal Supremo, «los delitos de imprudencia, que propiamente pueden llamarse de comisión por omisión, al presentarse en la mayoría de los casos como una verdadera ausencia de cautelas en el obrar humano, pueden ofrecerse también como verdadero delito de omisión desde el inicio en que no concurre una actividad del agente, sino una pasividad o un no hacer cuando debía obrar para soslayar el riesgo de sufrir un daño la persona que actuaba en su beneficio y bajo sus órdenes, cuya situación de peligro tenía la obligación de conocer y evitar...». El procesado «... con su pasividad permitió una situación prolongada de riesgo y peligro para la víctima, ya que era lógico prever que (...) cualquier contingencia podría provocar la caída al suelo del obrero».

Me parece excesivo que el Tribunal Supremo califique a todos los delitos imprudentes de delitos de comisión por omisión por el hecho de que no se dé en ninguno de ellos la observancia del cuidado objetivamente debido. Que no se observe este cuidado no significa que se cometa el delito por omisión, sino sólo que estamos ante un delito imprudente (por acción o por omisión). Con esto, el Tribunal Supremo incurre en el error que él mismo intenta subsanar en esta sentencia. Sin embargo, pasando por alto este error (aunque resulte difícil), y entendiendo que el Tribunal Supremo parecía querer referirse a que en todo

delito imprudente existe una omisión (del deber de cuidado debido), que debe diferenciarse de la mera pasividad o no-acción, es preciso reconocer el mérito a esta sentencia al ocuparse de este problema que, aunque fácilmente detectable, me atrevo a decir que es el principal causante de que nuestro Tribunal Supremo no se ocupe con carácter general de analizar con profundidad los delitos imprudentes cometidos por omisión de un modo diferenciado a los mismo cometidos por acción.

Se suceden en los años posteriores los casos de delitos imprudentes en comisión por omisión por parte de directores de obras, encargados, arquitectos, etc., que no reciben un trato especial respecto a los delitos imprudentes por acción. Entre otras sentencias pueden mencionarse éstas: 11 de junio de 1973, 18 de octubre de 1973, 12 de marzo de 1974, 29 de marzo de 1974, 8 de mayo de 1974, 9 de noviembre de 1974, 29 de noviembre de 1974, 12 de mayo de 1975, 26 de mayo de 1975, 26 de noviembre de 1975, 23 de enero de 1976, 13 de febrero de 1976, 23 de marzo de 1976, 5 de marzo de 1976, 31 de mayo de 1976, 15 de octubre de 1976, 16 de noviembre de 1976, 7 de diciembre de 1976, 23 de diciembre de 1976, 26 de abril de 1977, 21 de junio de 1978, 9 de octubre de 1978, 9 de febrero de 1979, 2 de marzo de 1979, 8 de noviembre de 1979, 24 de abril de 1980 (en ella se hace referencia al criterio de la causalidad hipotética, «... el accidente era previsible y se hubiera evitado de haber cumplido con las obligaciones que tenía contraídas con su cometido...»), 10 de mayo de 1980, 7 de julio de 1980, 14 de noviembre de 1980, 26 de febrero de 1981, 18 de abril de 1981, 12 de mayo de 1981, 8 de marzo de 1982, 14 de mayo de 1983, 20 de marzo de 1984, 22 de diciembre de 1984, 30 de diciembre de 1985, 28 de febrero de 1986, 28 de septiembre de 1987 y 7 de junio de 1988 (también en ésta se fundamenta la relación de causalidad entre omisión y resultado en que, si se hubieran adoptado las medidas de precaución y seguridad que no se adoptaron, «... se habría evitado la caída y fallecimiento del obrero»). En todas estas sentencias el delito se cometió por omisión. En algunas ni siquiera utiliza el término «omisión», empleando sólo el de «negligencia»; en otras sí lo utiliza, tratando de encontrar una causalidad en esa omisión respecto de la producción del resultado como la existente entre acción y resultado en los delitos de acción o bien, con más acierto, acudiendo al criterio de la causalidad hipotética, criterio, por lo demás, muy discutible.

S. 15 de mayo de 1989. Por fin, recoge esta sentencia el requisito imprescindible que debe concurrir en un sujeto para poderle imputar un resultado a título de comisión por omisión: la posición de garante con respecto al bien jurídico lesionado. «Cuantos dirigen y se hallan al cuidado de una obra, deben impartir cuidadosamente las instrucciones oportunas a fin de que el trabajo se realice con las adecuadas medidas de seguridad como *garante de la salvaguardia de la integridad física*

de cuantos trabajadores participan en la ejecución de los diversos trabajos sujetos a riesgos que es preciso evitar».

El Tribunal Supremo remite en esta sentencia a las de 29 de noviembre de 1974, 15 de octubre de 1976 y 12 de mayo de 1981. En ellas, ciertamente, como en muchas otras, se mencionan los especiales deberes de vigilancia que asumen los directores de obras. Pero también es cierto que en éstas, al igual que en otras, esos deberes especiales son utilizados para fundamentar la apreciación de una negligencia más grave (temeraria) en los procesados, pero no para considerar que se da en ellos la posición de garante exigible en todo delito de comisión por omisión.

No se vuelve a mencionar la posición de garante en sentencias más recientes de 17 de noviembre de 1989, 1 de diciembre de 1989, 12 de enero de 1990 ó 30 de marzo de 1990.

Imprudencia temeraria o simple de los dueños de animales

Los dueños de animales deben adoptar medidas de vigilancia y cuidado para que éstos no causen perjuicios a las personas (o daños en las cosas) que puedan estar en contacto con ellos. Su condición de dueños les convierte en garantes de los bienes jurídicos que podrían resultar perjudicados por estos animales, y hace incurrir a aquéllos en un delito de comisión por omisión imprudente, si no actúan para evitar esos resultados. Así lo reconoce el Tribunal Supremo en estas sentencias:

S. 19 de octubre de 1887 y S. 23 de diciembre de 1887. En ambos casos el Tribunal Supremo condena al dueño de un perro que lo deja suelto por el delito de imprudencia con resultado de lesiones.

S. 16 de marzo de 1929. La procesada había dejado un borrico en la calle sin nadie que lo cuidara. El borrico mordió a un niño produciéndole lesiones que precisaron 38 días de asistencia facultativa y pérdida de la falange de un dedo de la mano. También en este caso el Tribunal Supremo la condenó por imprudencia con resultado de lesiones.

S. 19 de junio de 1935. Considera el Tribunal Supremo que incurrir en el mismo delito el dueño de un mono que muerde a un transeúnte.

S. 28 de septiembre de 1956. Lo mismo en el caso de unos perros de caza que entran en un corral y matan las gallinas.

S. 11 de octubre de 1961. El Tribunal Supremo castiga por imprudencia temeraria con resultado de muerte, lesiones y daños al encargado de vigilar unas vacas que no adopta medidas para evitar que se les escapen.

S. 10 de febrero de 1965. Responde por el delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones el encargado de la vigilancia de un toro que abandona esta vigilancia. El toro corneó a una mujer que pasaba por el camino.

S. 17 de mayo de 1988. Dos perros atacan a un niño. El niño muere y el Tribunal Supremo condena por el delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte a la dueña y al encargado de suministrar comida a los perros, pues sabían que la valla que rodeaba el recinto que los custodiaba no estaba levantada en tres metros de largo y a pesar de ello no la repararon ni cerraron.

Imprudencia temeraria con resultado de muerte de parientes (parricidio u homicidio)

Es obligada la referencia a la posibilidad de objetar con dureza el hecho de que el Tribunal Supremo condene por el delito de parricidio por imprudencia. Resulta muy discutible la apreciación de un delito con tal enunciado desde el momento en que se considera la figura del parricidio como agravada respecto de la de homicidio (tipo básico), y teniendo en cuenta, además, que las cláusulas generales de la imprudencia sólo deben ponerse en relación con los tipos básicos del Código Penal. El Tribunal Supremo, no obstante, acepta la categoría del parricidio por imprudencia en numerosas sentencias.

NOTA 1: Recojo en este apartado, como puede inferirse de su enunciado, los casos de homicidio imprudente en comisión por omisión que guardan relación con el delito de parricidio (padres que dejan morir a sus hijos)

NOTA 2: En algunas de estas sentencias el Tribunal Supremo abandona la tesis de los «crimina culpa» y utiliza las fórmulas «parricidio por imprudencia» u «homicidio por imprudencia».

S. 20 de noviembre de 1909. El Tribunal Supremo aprecia parricidio imprudente por omisión en la conducta de la madre que, una vez nacido su hijo, no da aviso a persona alguna para que le preste auxilio

al niño y le deja sin abrigo y en completa desnudez. El niño contrajo una congestión cerebral y murió.

Según el Tribunal Supremo, «... es notoria la realidad de un delito por omisión». «La indiscutible negligencia con que la madre del recién nacido procedió al omitir los más elementales cuidados que éste requería en los momentos subsiguientes del parto, son integrantes, por la falta de intención del agente, del delito de parricidio por imprudencia temeraria».

S. 30 de diciembre de 1924. Una empleada de hogar da a luz un niño y no le presta, posteriormente, el auxilio debido. No le ata el cordón umbilical y el niño muere. El Tribunal Supremo condena a la procesada por parricidio imprudente.

En la sentencia se exige, para fundamentar la responsabilidad penal de la procesada por los hechos enjuiciados, la concurrencia de estas dos circunstancias: a) que «el acto u omisión en este caso que causa el resultado, entre dentro de la previsión humana como ordinariamente susceptible de producir el mal efectivo ocasionado, y b) una relación causa-efecto que ligue ambos extremos».

S. 9 de mayo de 1966. También en este caso se produjo la muerte de un niño recién nacido y el Tribunal Supremo condenó a la madre que no le ató el cordón umbilical por el delito de parricidio por imprudencia.

S. 7 de noviembre de 1973. Este es un supuesto en el que el Tribunal Supremo castigó por delito de imprudencia temeraria en relación con el artículo 407 del Código Penal.

Una madre retira a su hijo de ocho años en un Establecimiento Benéfico donde le ingresó cuando tenía siete días. Trasladó al niño a su domicilio y dejó de ocuparse de él hasta el punto de que, en avanzado estado de desnutrición, el niño se cayó por las escaleras produciéndose una hemorragia cerebral y contrayendo posteriormente, por falta de cuidados, una bronconeumonía, sin que su madre requiriese para él asistencia facultativa de ningún tipo, que su grave estado requería y cuya falta fue causa del fallecimiento del menor. A la vista de estos hechos probados, el Tribunal Supremo condena a la madre por el delito ya indicado.

S. 22 de noviembre de 1976. El Tribunal Supremo castiga por homicidio por imprudencia y alude expresamente a la «comisión por omisión» del mismo. Es Magistrado Ponente, Antonio Huerta y Alvarez de Lara.

«Los delitos de imprudencia, que pueden llamarse de comisión por omisión, pueden ofrecerse también como verdaderos delitos de omisión desde el inicio, cuando no se contempla una actividad del agente, sino una pasividad cuando debía obrar con la diligencia y cuidado que un niño de 16 meses requiere». El niño había sufrido un accidente que le produjo fractura de fémur; posteriormente no pudo comer durante un tiempo, pero los padres no le prestaron atención ni solicitaron asistencia médica hasta que, ante el acusado estado de desnutrición del niño, decidieron llevarle a una clínica en la que falleció al día siguiente de raquitismo agudo. Según el Tribunal Supremo, los hechos fueron calificados benévolamente de imprudencia temeraria, pues el niño presentaba diferentes lesiones cicatrizadas y quemaduras de tercer grado producidas por cigarrillos encendidos «que denota algo más que omisión de deberes de cuidado que recaen sobre los padres».

Aunque la posición de garante no sea un requisito exigido expresamente por el Tribunal Supremo en esta sentencia, sí hace mención a los especiales «deberes que recaen sobre los padres» como fundamentadores de la responsabilidad de los mismos. Por otra parte, alude también a otros dos requisitos que deben concurrir inexcusablemente en todo delito imprudente en comisión por omisión: «pasividad cuando se debía obrar» (omisión), y falta de «diligencia y cuidado» (inobservancia del cuidado objetivamente debido).

La diferencia que el Tribunal Supremo establece entre omisión de acción y omisión de la observancia del cuidado objetivamente debido, es muy similar a la de la sentencia de 6 de junio de 1973. Se procesó y condenó, en este caso, a un encargado de obras que se despreocupó de la seguridad de sus obreros. El Tribunal Supremo incurre en el mismo error: de la lectura de la sentencia se deduce que el Tribunal denomina delitos de comisión por omisión a todos los delitos imprudentes, dado que en todos ellos se da una omisión (la de observar el cuidado debido). Parece ser que el Tribunal Supremo confunde los términos, tanto en la sentencia del año 1976 como en la citada de 1973.

S. 28 de junio de 1980. El Tribunal Supremo vuelve a castigar por imprudencia temeraria en relación con el 405 (parricidio por imprudencia) y a pesar de que la sentencia es reciente y de que ya había admitido la categoría con anterioridad, no menciona la evidente comisión por omisión del delito.

En el relato de los hechos probados, se narra cómo una mujer va a dar a luz a un lugar solitario. Nace una niña que fallece posteriormente por falta de cuidados de reanimación y de ligadura de cordón umbilical. Según el Tribunal Supremo no puede apreciarse infanticidio culp-

so, pues el infanticidio es una figura que incluye un elemento subjetivo de lo injusto: ánimo de ocultar la deshonra, y los tipos que incluyen un elemento subjetivo de lo injusto no son susceptibles de comisión culposa.

El Tribunal Supremo reconoce que la doctrina hubiera calificado el supuesto de homicidio culposo, «disintiendo de la Jurisprudencia».

Imprudencia temeraria o simple (con o sin infracción de reglamentos) de encargados de señalizar zanjas abiertas o de dueños de vehículos abandonados en la calzada

La omisión de señalizar zanjas o vehículos abandonados en la calzada crea un riesgo para determinados bienes jurídicos que podrían resultar perjudicados. El Tribunal Supremo, ha enjuiciado en numerosas ocasiones estos casos en los que, por haberse producido efectivamente el resultado, condena como responsables del mismo a los encargados de la señalización de esas zanjas o a los propietarios o conductores de esos vehículos. La especial condición de estos sujetos les coloca en posición de garante respecto de los bienes jurídicos que podrían resultar perjudicados por su actitud negligente.

Es obvio, pues, que estos delitos imprudentes han sido cometidos por omisión. Pero las sentencias del Tribunal Supremo que citaré a continuación, no parecen tomar en consideración este hecho puesto que no se plantean si se dan o no los requisitos necesarios para poder apreciarlos.

Citaré, en primer lugar, las sentencias que enjuician los supuestos de abandono de zanjas abiertas en la calzada sin señalizaciones.

S. 1 de julio de 1921. Un ciego, que paseaba por la calzada, cayó a una zanja abierta en la misma. El resultado fue de lesiones. Incurrir en responsabilidad el Ingeniero Director de las obras por no haber puesto señales en la zanja o haber ordenado que las pusieran.

Según el Tribunal Supremo, sólo cabría exoneración de responsabilidad en el supuesto de que hubiera ordenado a un obrero la colocación de señales y éste no lo hubiera hecho. Hace referencia el Tribunal Supremo a la necesidad de que exista una relación causa-efecto entre acción u omisión y resultado.

S. 23 de noviembre de 1948. En una obra de alcantarillado se deja abierto un pozo sin señalizar. Un hombre cae, se fractura el cráneo y muere. El contratista incurre en responsabilidad.

En palabras textuales del Tribunal Supremo. «La responsabilidad recaerá sobre aquellos que hayan realizado el acto o incurrido en la omisión punible».

S. 8 de junio de 1957. El Tribunal Supremo condena por el delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos al encargado de una obra por no haber señalado ni colocado vallas en una zanja «... en evitación de posibles accidentes que podían ocurrir y que debió prevenir».

S. 5 de mayo de 1962. No se señaló durante la noche una zanja abierta en un lugar de mucho tráfico rodado. En esta sentencia se condena a dos obreros que habían recibido la orden de señalización de la zanja y no la habían ejecutado.

S. 19 de octubre de 1962. En la sentencia, el Tribunal Supremo condenó por el delito de imprudencia temeraria con resultado de daños al encargado de una obra de carretera que no señaló suficientemente un montón de arena que se hallaba sobre la misma, produciéndose una colisión.

S. 30 de noviembre de 1962. Responde por imprudencia el destajista de una obra que deja abierta una zanja durante la noche sin ninguna señalización. Resultaron lesiones en dos personas.

S. 12 de febrero de 1964. Esta sentencia ofrece un interés especial. El Magistrado Ponente es Alejandro García Gómez.

«Debe considerarse *autor por omisión* del delito de imprudencia al contratista de una obra que ordenó a sus obreros que procedieran a abrir una zanja sin visitar después la obra». Los obreros cubrieron mal la zanja, quedando un peligroso bache que el contratista no mandó señalar. Un motorista que pasaba por allí tuvo un accidente y murió. El Tribunal Supremo condena al contratista por imprudencia temeraria con resultado de muerte.

S. 10 de febrero de 1968. También en esta sentencia se hace referencia (al menos) a la comisión del delito por omisión. Es Magistrado Ponente Jesús Sáez Jiménez. El delito por el que se condena es el de imprudencia simple con infracción de reglamentos y resultado de lesiones y daños.

«Si el acusado, encargado de las obras, consintió que se pusieran grandes piedras alrededor de la zanja recién cerrada, para evitar que pudiera pisarse el cemento todavía no fraguado, sin cuidarse seguidamente, como venía obligado a hacer, de adoptar las medidas necesarias para la reglamentaria señalización que evitara acaecimientos dañosos, incurrió en una notoria *omisión culposa...*».

S. 3 de febrero de 1972. El encargado general de una cafetería-restaurante, no encendió ni ordenó encender las luces del exterior del edificio. Según el Tribunal Supremo, esta omisión originó un estado de peligro en el lugar del aparcamiento, puesto que quedaba sin iluminar un foso abierto allí. Una persona cayó dentro del foso.

En la misma línea que las anteriores, sentencias de 5 de marzo de 1965, 15 de marzo de 1965, 5 de abril de 1968, 4 de diciembre de 1968, 31 de enero de 1969, 20 de marzo de 1970, 7 de abril de 1970, 6 de marzo de 1975, 21 de enero de 1976, 27 de enero de 1978, entre otras.

En cuanto al abandono de vehículos en la calzada sin señalización, el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en numerosas ocasiones, condenando a los omitentes propietarios del vehículo o encargados de la vigilancia del mismo por delitos de imprudencia temeraria o simple o por falta de imprudencia con resultado de muerte, lesiones o daños según los casos. Estas son algunas de estas sentencias:

Sentencias de 15 de octubre de 1962, 9 de noviembre de 1962, 14 de enero de 1963, 16 de enero de 1963, 21 de enero de 1963, 28 de enero de 1963, 25 de noviembre de 1963, 23 de marzo de 1964, 30 de septiembre de 1964, 12 de noviembre de 1964, 5 de marzo de 1965, 15 de marzo de 1965, 10 de mayo de 1965, 24 de mayo de 1965, 3 de junio de 1965, 14 de octubre de 1966, 10 de diciembre de 1966, 17 de junio de 1967, 2 de octubre de 1967, 6 de octubre de 1967, 9 de octubre de 1967, 17 de noviembre de 1967, 30 de enero de 1968, 27 de junio de 1968, 16 de junio de 1971, 17 de diciembre de 1971 y 12 de febrero de 1973, entre otras.

Infidelidad en la custodia de documentos por imprudencia

En sentencia de 24 de octubre de 1990, admite el Tribunal Supremo (Magistrado Ponente, Enrique Bacigalupo) la comisión por omisión imprudente del delito de infidelidad en la custodia de documentos (art. 364 del Código Penal); y ello a pesar de que los verbos típicos del precepto citado, expresan conductas inequívocamente activas: «sustraer», «destruir» y «ocultar». Esta es la argumentación del Tribunal Supremo:

«... la cuestión de la omisión de la acción típica no se debe confundir con la referente a la falta de cuidado debido y exige un tratamiento previo...». «Ciertamente el art. 364 no contiene una definición expresa de la forma omisiva; sin embargo, ello no impide, en principio, que la realización del tipo se pueda llevar a cabo mediante una omisión». «La infidelidad en la custodia de documentos (...) protege fundamentalmente la seriedad del ejercicio de la función pública en un Estado de Derecho. Desde esta

perspectiva es claro que no sólo adquieren carácter típico los comportamientos activos de destrucción, ocultación y sustracción, sino también los omisivos consistentes en no impedir que los documentos sean también destruidos, ocultados o sustraídos, pues resulta verdaderamente indiferente para el bien jurídico que su vulneración tenga lugar de una u otra manera...».

Una vez afirmado por el Tribunal Supremo que es posible la comisión por omisión del delito tipificado en el art. 364 del Código Penal, se ocupa de lo sucedido en el caso concreto: ocultación por omisión. A estos efectos se ha de entender que existe ocultación cuando «desaparecen los documentos o se sitúan fuera del lugar habitual de custodia».

El Tribunal Supremo considera que se daba en el sujeto la posición de garante: «... incumplimiento por parte del procesado de las obligaciones que le imponía su posición de garante surgida de la especial posición que caracteriza a los funcionarios públicos dentro del ámbito de su competencia específica»; «... el procesado dejó de 'registrar y ordenar las causas' y éstas eran 'ilocalizables o de difícil localización'. La comprobación de la inadecuación de las instalaciones (...) no impedía cumplir con el deber generado por la posición de garante...».

«Por último, continúa el Tribunal Supremo, se trata de una omisión de cumplimiento de un deber de garantía que resulta equivalente a la realización activa del tipo penal. En efecto, esta equivalencia, que tiene carácter esencial para la configuración de una comisión por omisión, o un delito impropio de omisión, se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo»; «... no siendo problemático que el procesado hubiera podido evitar el resultado con el cumplimiento de su deber de garantía, la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo no resulta discutible».

Finalmente, el Tribunal Supremo se ocupa del problema del dolo en los delitos de omisión:

«... en los delitos de omisión, el 'dolo' o, mejor dicho, la forma equivalente al mismo, no se puede definir como la voluntad de realización de una acción, pues el omitente, precisamente, no realiza la acción debida»; «... en los delitos de omisión, la forma más grave de realización del tipo la 'decisión de omitir' no es elemento constitutivo de la misma y que, por tanto, el que conoce: a) las circunstancias que generan su deber (la posición de garante y el peligro de producción del resultado en los delitos im-

propios de omisión) y b) su propia capacidad de acción para evitar el resultado, ha omitido dolosamente. Consecuencia de ello es que la culpa en los delitos de omisión será de apreciar cuando el omitente, por negligencia, es decir, por su descuido, no tuvo conocimiento de la situación generadora de su deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción impuesta como necesaria para evitar el resultado o cuando el obligado a realizar la acción no alcanza la meta posible por la forma descuidada o inadecuada en la que intenta dar cumplimiento al deber de garantía». «De acuerdo con estos principios, es indudable que en el caso que ahora se juzga el procesado no obró con dolo».

Todos estos argumentos hacen que el Tribunal Supremo condene al procesado por el delito de infidelidad en la custodia de documentos por imprudencia y en comisión por omisión. La Audiencia ya había castigado por este delito, aunque con argumentos distintos.

Imprudencia temeraria o simple (con o sin infracción de reglamentos) con resultado de incendio

NOTA: En ocasiones, el Tribunal Supremo utiliza la fórmula «incendio por imprudencia».

En los artículos 547 y siguientes del Código Penal, en los que se regula el delito de incendio, se utiliza el verbo «incendiar» (incendiaren) como verbo típico. Se trata de un verbo con sentido inequívocamente activo (16), pero ello no impide que el Tribunal Supremo castigue su comisión por omisión. En sentencias recientes, el Tribunal Supremo se refiere a que la omisión punible del sujeto se da por no evitar la propagación del fuego tras haber llevado a cabo una acción de prender fuego a algo sin intención de provocar un incendio, se apoya, pues, en la teoría de la injerencia.

El Tribunal Supremo condenaba ya en el siglo pasado por el delito de incendio por imprudencia en comisión por omisión; aunque, naturalmente, la expresión que utilizaba no era ésta, sino la de imprudencia (simple con o sin infracción de reglamentos, temeraria, falta de imprudencia) con resultado de incendio y sin hacer mención a la comisión por omisión del delito. El tratamiento jurisprudencial de los delitos de incendio imprudentes en comisión por omisión no ha sido diferente, pues, del otorgado por nuestro Tribunal Supremo al resto de los delitos por omisión imprudentes.

(16) RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1977, p. 315.

S. 17 de febrero de 1871. El encargado de la conservación de un paso a nivel no cortó la hierba próxima a la línea férrea. Al pasar el tren, por el rozamiento se produjo un incendio. Se hace responsable del mismo a dicho encargado por no haber cortado la hierba.

S. 7 de octubre de 1953. Se condena al portero y administrador de un inmueble que, sabiendo que uno de los vecinos almacenaba películas de celuloide en una de las dependencias, no lo impidieron, incendiándose el edificio. Según el Tribunal Supremo, entre esa omisión voluntaria no maliciosa y el resultado, se da un nexo causal de manera directa, inmediata y completa.

S. 25 de marzo de 1968. El Tribunal Supremo considera que incurre en el delito de imprudencia temeraria con resultado de incendio el encargado de una finca agrícola, el cual ordena a un obrero que proceda a la quema de rastrojos, a pesar de conocer que ese predio lindaba con barbechos y que soplaban vientos sur. El encargado *no acompañó* al jornalero para trazar el surco con el tractor. Este prendió fuego a los rastrojos conociendo también las circunstancias antes citadas. El Tribunal Supremo condena al jornalero por el mismo delito que al encargado.

S. 6 de abril de 1968. El encargado del encendido y mantenimiento de una caldera de calefacción, puso unas astillas de leña sobre aquella para que se secasen. A continuación se marchó a encender otras calderas sin dejar vigilancia alguna. Las astillas prendieron y se produjo un incendio. Se castiga al procesado por el delito de imprudencia temeraria. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en relación a un supuesto de hecho similar en sentencia de 9 de junio de 1973.

Más interesantes son estas dos sentencias de los años 80:

S. 18 de octubre de 1982.
Magistrado Ponente: Castro Pérez.

Son hechos probados que el procesado «almacenó ilícita e imprudentemente una cantidad excesiva de mercancías y sustancias altamente inflamables y de gran combustibilidad omitiendo las necesarias medidas de seguridad para la protección y seguridad del almacén y del inmueble en general». Se produjo un incendio y el Tribunal Supremo castigó al procesado por el delito de incendio por imprudencia temeraria.

En el segundo considerando de la sentencia afirma, «... que si bien el delito de incendio se halla tipificado en los arts. 547 y siguientes del

Código Penal en su forma comisiva o de acción, ello no constituye obstáculo legal alguno para que también pueda ser cometido por medio de una simple omisión o de la llamada comisión por omisión u omisión impropia, que no consiste solamente en un simple no hacer u omitir sino en no hacer algo que conforme a su deber jurídico se esperaba que hiciese el agente (*non facere quod debetur*); «... el delito se comete omitiendo una cierta acción que de haberse producido hubiera interrumpido la serie causal en curso y por tanto la producción del evento». La sentencia hace referencia a la «existencia del lazo de causalidad entre la falta de acción y el resultado, que gran parte de la doctrina estima no sólo de carácter o apreciación normativa, sino natural o real, puesto que añadida ésta mentalmente o ilusoriamente al supuesto de facto, el resultado dañoso con muchas probabilidades no se hubiera producido».

El Tribunal Supremo no habla de «posición de garante», sino de «deber jurídico de actuar». Por otra parte, encuentra causalidad en la omisión respecto de la producción del resultado acudiendo al criterio de la causalidad hipotética.

S. 12 de mayo de 1986.

Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid.

La procesada prendió fuego a unas ramas en una finca de su propiedad y se retiró del lugar cuando quedaba el rescoldo. El viento desplazó las brasas hasta unas fincas colindantes y se produjo un incendio.

Según el Tribunal Supremo, la procesada había reconocido «la omisión de la acción adecuada para interrumpir el nexo causal: apagar en forma definitiva y no productora de riesgos derivados del acto lícito inicial...» Por otra parte, se afirma en la sentencia que «aunque el delito de incendio (el doloso) sea normalmente de acción, debe encuadrarse en sede de causalidad, como residenciado en el ámbito de los delitos de simple omisión o de comisión por omisión (...) este delito se comete omitiendo una cierta acción que de haberse producido hubiera interrumpido la serie causal en curso...».

Por último, se refiere el Tribunal Supremo a la necesidad de que concurren dos circunstancias más para poder hablar de delito de comisión por omisión: que la omisión sea equivalente a la acción desde el punto de vista del contenido de lo injusto y que el autor se encuentre en posición de garante; «... en orden a la causalidad, la omisión es equivalente a la acción, cuando la acción esperada y exigible al agente hubiere impedido, de haberse realizado, el resultado dañoso»; «... la procesada se había posicionado por propia decisión en lo que la dogmática científica denomina como situación de garan-

te, al estar la misma sujeta a un deber de control sobre una fuente de riesgo o peligro por ella creada, en tanto en cuanto su actuar precedente (prender fuego a los montículos de ramaje) había actuado sobre una zona en que como agente-omitente estaba obligada a ejercer control y vigilancia».

Imprudencia temeraria o simple (con o sin infracción de reglamentos) de médicos, enfermeras...

Como ejemplo de delito cometido por imprudencia, suele citarse el supuesto del médico o enfermera que, sin haberse cerciorado de la sustancia que contiene la jeringuilla, inyecta a su paciente un veneno letal en lugar del medicamento que el enfermo necesitaba; aunque, en realidad, lo que quisiera inyectarle fuera ese medicamento. En este caso se comete un delito (de homicidio, si el paciente muere) imprudente por acción. Pero también es posible imaginar la comisión imprudente de delitos contra la vida o la integridad física por parte de médicos, enfermeras u otras personas encargadas del cuidado y vigilancia de determinados pacientes; así, por ejemplo, el médico que conociendo la gravedad de su paciente, se ausenta del hospital y no le visita en toda la noche (siempre que, obviamente, no obrara con dolo en el sentido en que éste debe entenderse en la omisión).

Existen sentencias del Tribunal Supremo que califican hechos similares en las que están presentes los requisitos de los delitos de comisión por omisión a pesar de que el Tribunal Supremo no haga referencia expresa a esta modalidad de comisión. A veces resulta difícil determinar si el delito se cometió por acción o por omisión; en el ejemplo antes citado podría ser que el médico realizase una primera visita rápida al enfermo y después se ausentase del hospital, con lo que se daría una acción y una omisión posterior.

S. 19 de enero de 1972. El Tribunal Supremo condenó a un tocólogo por el delito de imprudencia temeraria «productora de muerte». El médico no prestó a la mujer el necesario auxilio postparto a pesar de que fue avisado del grave estado de la paciente. La sentencia alude a sus «consecutivas e intolerables negligencias omisivas» y a la concurrencia en el procesado de «culpa con previsión de los fatales resultados que por su omisivo proceder podían producirse...». Estas expresiones revelan que el Tribunal Supremo consideró que el delito se cometió por omisión.

S. 15 de enero de 1974. Los hechos son similares a los enjuiciados en la sentencia anterior: falta de auxilio post-operatorio. Según el Tribunal Supremo «no puede estar más clara la grave negligencia en que

incidió el imputado y que fue productora por omisión de la muerte y la relación causal entre el proceder omisivo y el resultado de muerte...».

S. 18 de junio de 1982.

Ponente: Antonio Huerta y Alvarez de Lara.

El médico procesado no prestó los cuidados debidos a una niña a la que había operado de amigdalitis. La niña sufrió una hemorragia que el procesado no trató y murió. Según el Tribunal Supremo, se pone de manifiesto «la conducta omisiva del procesado que infringió deberes elementales de cuidado (...), pues, habiendo sido la causa inmediata de la muerte de la niña parada cardiorespiratoria debida a aspiración de sangre a vías aéreas tras hemorragia faríngea post-amigdalectomía, si hubiera sido debidamente tratada esa hemorragia faríngea por el procesado, (...) hubiera podido evitarse el fatal desenlace...». Insisten los Magistrados en la relación de causalidad existente entre omisión y resultado; «... con lo que la relación de causalidad entre la conducta omisiva del procesado y el resultado letal aparece con toda evidencia, pues aplicando la fórmula clásica negativa de la causalidad, si no hubiera habido hemorragia faríngea, que debió de cortarse o al menos tratar de cortarla, (...) no habría habido, muerte...».

S. 5 de diciembre de 1989. El Tribunal Supremo considera que incurre en falta de imprudencia simple con resultado de muerte el médico ginecólogo que no presta a su paciente el auxilio debido con estos argumentos:

- a) El tocólogo prescindió libremente y durante excesivo tiempo de prestar ayuda a la víctima.
- b) Ese retraso encerraba *ex ante* un aumento notable del riesgo para la vida de la paciente.
- c) El tocólogo pudo y debió tener presente ese incremento del peligro y pudo y debió evitar la demora.
- d) La demora se integró en el curso causal que desembocó en el fallecimiento de la víctima, de tal manera que cobró relevancia en el resultado aquel aumento del riesgo.

Aunque el Tribunal Supremo no hable de posición de garante, es destacable la importancia que concede a ese aumento de riesgo que supone la omisión del procesado de prestar ayuda a la víctima.

Otros

Incluyo en este apartado algunas sentencias en las que el Tribunal Supremo castiga por la comisión de diferentes delitos imprudentes en los que se dio una pasividad por parte del sujeto o sujetos, es decir, que fueron cometidos por omisión. Se trata de sentencias no incluíbles en los apartados anteriores, pero que, a pesar de ello, merecen ser consideradas, sobre todo para destacar la multitud de situaciones de la vida diaria que pueden dar lugar a fundamentar una posición de garante en un sujeto concreto; posición de garante que le hará incurrir en responsabilidad por no evitar el resultado que debía de haber evitado.

S. 20 de octubre de 1953. El Tribunal Supremo condena al conductor de un tranvía que conducía excesivamente rápido (acción) y al cobrador que no coloca la cadena de seguridad (omisión) por un delito de imprudencia con resultado de muerte. La víctima cayó del tranvía y murió. El cobrador cometió el delito por omisión. Según el Tribunal Supremo, «... la imprudencia punible puede cometerse lo mismo por acciones voluntarias no intencionales que por omisiones injustificadas».

En sentencias de 12 de diciembre de 1953, 1 de junio de 1956, 10 de mayo de 1969, 13 de junio de 1969, 6 de octubre de 1969, entre otras, el Tribunal Supremo enjuicia supuestos de omisiones negligentes por parte de encargados de la conservación de ascensores. Estos, conociendo las irregularidades existentes en el funcionamiento de los aparatos, no las subsanan e incurrir en responsabilidad por los resultados que tales negligencias ocasionan.

S. 18 de junio de 1962. El Tribunal Supremo hace responsable de la muerte de un obrero al arrendatario explotador de una mina que, conociendo que en uno de los pozos se desprendían gases peligrosos, no previno de ello al encargado por lo que éste ordenó a un obrero que bajase, produciéndose la muerte de éste.

S. 12 de marzo de 1964. La sentencia del Tribunal Supremo condena por el delito de imprudencia temeraria puesto en relación con el art. 407, al propietario de un molino y fábrica de luz por no adoptar medidas de seguridad para sus obreros.

S. 24 de octubre de 1964. Se condena a un barrenero que, a pesar de las quejas de los vecinos de un pueblo cercano a las explosiones sobre las piedras que caían en sus casas, no adopta precaución alguna y una persona muere al ser alcanzada por una piedra.

S. 19 de enero de 1965. Según la narración de los hechos, el obrero procesado dio, en el ejercicio de su trabajo y de un modo accidental, con el pico en una tubería de conducción de gas. Aun conociendo que el gas escapaba por el orificio, no dio cuenta a nadie del escape, lo que hizo que el gas se filtrara en la vivienda más próxima, intoxicando a sus ocupantes.

El Tribunal Supremo no condena al procesado por haber abierto el orificio, puesto que el hecho fue fortuito, sino por no impedir los resultados que podían producirse de no cerrarse aquél. Aunque el Tribunal Supremo no apoya su decisión en la teoría de la posición de garante, creo que el obrero sí se encontraba en esa situación, fundamentada en su actuar precedente peligroso.

S. 22 de septiembre de 1967. Se hace responsable por imprudencia de la muerte de un obrero al encargado del mando de una grúa que, dándose cuenta de su defectuoso funcionamiento, no paró el motor a tiempo. Se desplomó la grúa y cayó encima de la víctima.

S. 30 de abril de 1968. Incurrir en el delito de imprudencia temeraria en relación con el art. 407 del Código Penal, «... el procesado, perito industrial, comisionado por la empresa donde trabajaba para gestionar la reparación de una puerta cuyo cable se había roto, siendo reparado provisionalmente (...), siendo necesario un arreglo definitivo, hecho que el procesado no comunicó a la empresa, continuando la puerta en funcionamiento durante seis meses, hasta que el cable se rompió cayendo la puerta encima de una persona, matándole...».

S. 14 de junio de 1968. Según el Tribunal Supremo, «incurrir en la falta del art. 586.3 el administrador del inmueble que, teniendo conocimiento del mal estado de un balcón, (...) no adoptó ninguna medida de seguridad, desprendiéndose un bloque de cemento de dicho balcón, alcanzando a una mujer que pasaba por la acera, que falleció».

S. 2 de abril de 1969. Se condena al propietario de una empresa de pintura que, «... teniendo conocimiento de la existencia de gases inflamables, era elemental que pensara en los acumulados desde el término del trabajo de la mañana, pero no previno la acumulación de gases ni adoptó las medidas necesarias para evitar la chispa eléctrica, evitable con la revisión de la instalación». Se produjo una explosión que alcanzó al obrero que allí trabajaba.

S. 24 de abril de 1969. Se procesa y condena al propietario de un inmueble con una pared en mal estado que no la repara. El Tribunal Supremo exige relación de causalidad entre omisión y resultado;

«... causalidad del hecho del autor resultante del descuido en la conservación de la pared y de no vigilar las ostensibles señales de su mal estado y peligro de inminente derrumbamiento...». «Estas culposas omisiones (...) están en perfecta correlación de causa-efecto con las dañosas consecuencias producidas, debiendo reputarse temerario el proceder del acusado».

S. 5 de mayo de 1969. Se hace responsable por imprudencia de la muerte de un obrero al vigilante de una mina que, «...no obstante su condición de vigilante y ante la incidencia observada de que habían dejado de explotar ocho barrenos, lo que podía acarrear graves y previsibles consecuencias (...), no se preocupó de introducir o hacer que fueran introducidas las oportunas varillas de madera, ni de adoptar ninguna precaución especial».

S. 11 de mayo de 1970. Se procesa al facultativo de minas que no impidió a un obrero a su cargo que accediese al lugar donde se encontraba un cartucho de dinamita que había fallado en la explosión. El obrero removió la tierra con una pala y resultó gravemente herido al explotar el cartucho.

S. 26 de mayo de 1970. El procesado es el director de una serrería en la que se construía una nave industrial. Se habían abierto unos hoyos y el procesado no proveyó los huecos de tapaderas o barandillas sólidas, aun siendo a todas luces previsible que algún carro cargado de leña de los que pasaban diariamente entre los hoyos, pudiese caer en alguno de ellos, como efectivamente sucedió, resultando muerto el conductor.

S. 20 de octubre de 1973. El Tribunal Supremo condena como autor de un delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos al encargado de la puerta de entrada a una piscina por dejar entrar a tres menores de catorce años sin nadie que les acompañase y por no ocuparse posteriormente de ellos. Los niños utilizaron la piscina de adultos y uno de ellos murió.

S. 15 de octubre de 1987. El Tribunal Supremo se plantea si existe o no responsabilidad penal en la actuación de los encargados de la conservación y reparación del instrumental médico y de la instalación eléctrica de un hospital. Las instalaciones estaban en mal estado y un paciente muere seis años después de ser intervenido quirúrgicamente, presuntamente a causa de las quemaduras que una llamarada le produjo durante la operación. El Tribunal Supremo absuelve a los procesados

por considerar que no fue su negligencia la causante de esa llamarada que mató al paciente.

En uno de los Considerandos, el Tribunal Supremo explica el significado de la categoría «culpa *in omittendo*», de esta forma:

«Dentro de las varias clasificaciones de las infracciones culposas, uno de los términos de una de ellas es la denominada ‘culpa *in omittendo*’, modalidad eminentemente normativa, la cual se caracteriza por la inacción, por la pasividad o por la abstención o inactividad de quien, para conjurar o evitar un evento dañoso, estaba obligado a actuar y a adoptar determinadas cautelas o precauciones, merced a imponérselo así preceptos de rango legal o reglamentario o, al menos, el principio *neminem laedere* o *alterum non laedere*, el cual preside la vida humana y comunitaria y las relaciones intersubjetivas que se dan en el desempeño de las diferentes tareas y en el seno de la vida social». Según el Tribunal Supremo, dicha omisión ha de ser voluntaria aunque no maliciosa, ha de haber producido un resultado dañoso o lesivo y debe haber relación de causalidad o nexo causal entre la omisión o el resultado, de tal forma que sea aquélla la generante o determinante de éste. A esta categoría culposa, continúa el Tribunal Supremo, debe aplicársele el mismo fundamento que en general legitima la punición de las infracciones culposas y la distinción entre el elemento normativo y el psicológico.

S. 12 de noviembre de 1990.

Ponente: Francisco Soto Nieto.

Los hechos fueron los siguientes: El procesado, dueño de una noria, recibió del ayuntamiento de su localidad una advertencia sobre el lamentable estado en que ésta se encontraba y el peligro que suponía la existencia de un pozo al descubierto sin ningún tipo de protección. El procesado, a pesar de ello, no adoptó las medidas de seguridad pertinentes y se produjo la caída de dos niños a dicho pozo, que murieron asfixiados.

El Tribunal Supremo condena al procesado por el delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos y resultado de muerte por omisión, puesto que considera que él era el poseedor de la noria y pozo, y por tanto el llamado a velar por su acondicionamiento y seguridad, a fin de eliminar el riesgo que representaba. A él venía atribuido el control del peligro.

Su abstención «... le convierte en autor de un delito, siquiera venga conceptualizado como imprudente, de omisión impropia o de comisión por omisión. Y ello por adquirir la función de garante, vulnerando su deber de evitación de un resultado que se ofrecía como previsible (...) permaneciendo inactivo. La posición de garante surge y se consolida al co-

responder al sujeto, la función personal de control de una fuente de peligro. La sociedad ha de confiar en que, quien posee en su esfera de dominio una fuente de peligro, proceda de forma que tal amenaza no se traduzca, por su reprochable omisión, en una realidad latente». Continúa el Tribunal Supremo diciendo que la comisión por omisión puede ser imprudente siempre que el tiempo admita semejante forma: «... la jurisprudencia así lo ha reconocido, acusándose en tales supuestos la coincidencia entre deber de garante y deber objetivo de cuidado, aunque conceptualmente resulten diferenciables».

La sentencia resulta, en todos sus puntos, muy interesante en relación con el tema que nos ocupa. En primer lugar, porque consagra la posibilidad de aplicar a los delitos culposos las teorías que, sobre comisión por omisión, se aplican a los dolosos, cosa que nuestro Tribunal Supremo no ha hecho hasta muy recientemente, como puede verse. En segundo lugar, no sólo fundamenta la responsabilidad del sujeto en la posición de garante en que se encontraba por ser dueño de la noria y pozo, sino que, además, hace referencia expresa a que el procesado se encontraba en situación de «dominio de una fuente de peligro», situación de la que surge su posición de garante y que es aceptada como tal por la mayoría de la doctrina en nuestro país (Bustos Ramírez y Rodríguez Mourullo, entre otros). En tercer lugar, y por último, la sentencia se refiere también a la confusión, tan frecuente en la jurisprudencia penal, a la que ya me he referido en otras ocasiones: deber objetivo de cuidado (con el que no se cumple en los delitos culposos), y deber de garante (con el que no se cumple en los delitos de comisión por omisión sean dolosos o culposos).

CONCLUSIONES

1. Puede decirse que el Tribunal Supremo ha admitido siempre, aunque sea de un modo intuitivo, la posibilidad de cometer por omisión determinados delitos de resultado. Por ello debe aceptarse que, en estos casos, el Tribunal Supremo cree que es posible que la conducta descrita en el verbo típico se lleve a cabo tanto por acción como por omisión.

2. Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha examinado en sus sentencias los planteamientos doctrinales referentes al tema hasta finales de la década de los sesenta. Esto se aplica fácilmente por el hecho de que también la doctrina española se ocupó tardíamente del análisis de la omisión.

3. El Tribunal Supremo ha apreciado la comisión por omisión de delitos dolosos de un modo restrictivo; concretamente, sólo en estos delitos: infanticidio, parricidio, homicidio, falsedades, estafa y auxilio

al suicidio. Por contra, son muy numerosas las sentencias en las que considera que se ha cometido un delito culposo o imprudente en comisión por omisión.

4. Una vez superada la interpretación que Silvela hizo de la sentencia de 1874, de la que dicho autor dedujo que sólo podían considerarse punibles las omisiones expresamente recogidas como tales en el Código Penal español (criterio que Córdoba Roda aceptó en un principio), el Tribunal Supremo admitió la comisión por omisión de determinados delitos en base al art. 1 del Código Penal. Según el Tribunal Supremo, dicho artículo equipara la punición de la acción y de la omisión. Esto hizo que el Tribunal Supremo no diera a los delitos cometidos por omisión un tratamiento diferenciado respecto de los cometidos por acción.

5. Paulatinamente, y con las incoherencias e inseguridades propias de los momentos en los que aparece una nueva teoría aún no asentada, nuestro Alto Tribunal se hace eco de las construcciones doctrinales respecto a la comisión por omisión. Así, desde finales de los años sesenta, se consagra el término «comisión por omisión», si bien ésta había sido utilizada con anterioridad de un modo esporádico en sentencia como la de 30 de enero de 1945.

6. También desde finales de los años sesenta y con mayor claridad en la década de los setenta, el Tribunal Supremo comienza a basar sus decisiones en lo que respecta a los delitos de comisión por omisión, en la teoría de la posición de garante.

7. Respecto de los delitos culposos cometidos por omisión, la doctrina española y, en consecuencia, nuestra jurisprudencia, han evolucionado más bien poco.

Tradicionalmente, nuestro Tribunal Supremo ha confundido, en los delitos de comisión por omisión culposos, la omisión de acción con la omisión de la observancia del cuidado objetivamente debido, lo que ha impedido un tratamiento jurisprudencial satisfactorio de estos delitos. El trato indiferenciado entre delitos de acción y de omisión al que anteriormente hacía referencia, se ha mantenido en los delitos culposos hasta nuestros días.

Por otro lado, el Tribunal Supremo defiende, salvo excepciones, que en nuestro Código Penal existen cuatro delitos o faltas de imprudencia y pone en relación estas figuras con aquéllas que se aplicarían si el delito se hubiese cometido con dolo, en atención al resultado producido. Así, por ejemplo, en un supuesto de homicidio por imprudencia, el Tribunal Supremo habla de delito de imprudencia (temeraria, por ejemplo) con resultado de muerte o puesto en relación con el art. 407. Esto le lleva a la contradicción de admitir constantemente la comisión por omisión imprudente del delito de lesiones, mientras que no ha admitido la comisión por omisión dolosa del mismo delito.

8. El Tribunal Supremo considera, con carácter general, que existe causalidad en la omisión. En los delitos de comisión por omisión imprudentes exige, casi sin excepción, relación de causalidad entre omisión y resultado. En sentencias recientes, el Tribunal Supremo establece que una omisión es causal del resultado, cuando de haberse llevado a cabo la acción omitida, se hubiese impedido dicho resultado. Esta teoría, admitida también por un sector de la doctrina, no resulta satisfactoria como modo de afirmar la existencia de una causalidad en la omisión, aunque sí como criterio de imputación objetiva (17) (18).

(17) Véase CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, 1, 3.ª edición. Madrid, 1985, p. 263, nota (11). No existe relación de causalidad entre omisión y resultado. Por ello, aquélla no puede constatarse tampoco del modo en que intenta hacerlo el Tribunal Supremo. Acudiendo a ese criterio, sólo se determina la causalidad *potencial* de la acción no realizada, pero no puede hallarse un nexo causal real entre omisión y resultado.

(18) Véase también BACIGALUPO, E.: *Delitos impropios de omisión*. Bogotá, 1983, pp. 89 y 90, sobre la teoría aludida y los problemas que plantea. No se exige causalidad en la omisión en las sentencias en las que Enrique Bacigalupo es Ponente.

