

DR 08 36

Seguidamente escuchen el espacio correspondiente a Derecho Penal 1. La profesora Doña Pilar Sacristán les habla de la comisión por omisión. Con el término acción nos referimos al primer elemento del delito. Pero este término tiene una significación más amplia de lo que a primera vista pudiera parecer.

De otro modo, no se comprendería el texto del artículo primero de nuestro Código Penal al decir, son delitos y faltas las acciones y omisiones. Acción equivale a conducta humana y tanto puede conformar ésta el hacer como el omitir y dentro de éste la omisión propia como la impropia. Dejando a un lado los delitos de acción vamos a ocuparnos aquí de los llamados de omisión y no tanto de los de omisión propia, cuyo ejemplo típico está representado por el delito de omisión del deber de socorro tipificado en el artículo 489 bis del Código Penal como de los llamados delitos impropios de omisión o delitos de comisión por omisión.

En estos delitos se imputa al autor un resultado producido por su no actuar teniendo el deber de hacerlo y siempre que la acción esperada por el derecho hubiese sido apta para evitar el resultado producido. Como ejemplo, suele proponerse el de la madre que deja morir a su hijo por no suministrarle los alimentos indispensables para su sustento. Antes de pasar al examen de la doble limitación que sufren las omisiones que servirán de base a los delitos que estudiamos vamos a tratar brevemente las diferencias esenciales entre los dos tipos de delitos de omisión, propia e impropia.

En el delito de omisión es precisamente ésta lo que se castiga, no socorrer en el supuesto del artículo 489 bis. No es preciso que se produzca resultado alguno por el no actuar del sujeto y si se produjera, el mismo carecería de relevancia a los efectos de la omisión del deber de socorro ya que dicho resultado no fue captado por el dolo del autor, cosa que sí sucede en el delito de comisión por omisión. Por otra parte, si el sujeto activo del delito de omisión del deber de socorro tiene un deber de actuar tal deber es sólo moral y no jurídico como es preciso a la comisión por omisión.

Retomando ahora el tema en el punto de la limitación de las omisiones base de los delitos de comisión por omisión hemos de referirnos a la relación de causalidad primero y al deber de obrar después. La cuestión de la relación causal entre omisión y resultado, creemos debe considerarse resuelta por la tesis que pone en la base de dicha relación no la propia omisión sino la acción que se esperaba realizase el sujeto resultando que la omisión será causal con respecto al resultado cuando éste hubiera sido evitado por la acción esperada. La segunda cuestión de esencia de la omisión es de más difícil estudio.

Debemos preguntarnos en un primer momento cuándo se omite. La respuesta parece clara, cuando no se realiza la acción. Ahora bien, nos preguntamos a continuación, ¿cuándo hay que realizar la acción? Cuando existe el deber de actuar, de tal forma que la omisión que produce un resultado antijurídico sea considerada delito.

El deber de actuar por parte del sujeto determina que el derecho pueda esperar del mismo ese actuar. Se constituye así este deber en eje y fundamento de la comisión por omisión. En el supuesto de que sean varias las personas que contemplen en una playa cómo un niño se ahoga, sólo responderá a título de comisión por omisión quien tuviera el deber concreto de impedirlo.

Los demás responderán en su caso del delito de omisión pura del artículo 489 bis. Pero es preciso decir algo más de ese deber de actuar. En principio y por oposición a lo que antes dijimos refiriéndonos a la omisión pura, ese deber ha de ser jurídico y no sólo moral.

Pero además ese deber jurídico ha de fundamentar una responsabilidad criminal con respecto al resultado, ya que por ese deber el sujeto resulta garante de la no producción del resultado. Fundamental resulta el punto de cuál sea el origen de este deber de actuar al que nos venimos refiriendo. De acuerdo con la doctrina general, éste puede proceder 1. de una norma jurídica, 2. de una especial aceptación, contrato para otros, 3. de una actuación precedente.

1. Norma jurídica. El ordenamiento jurídico puede imponer un deber a alguien responsabilizándole de los resultados que pueden derivarse de su incumplimiento. Tienen especial importancia los deberes de familia impuestos por el Código Civil.

A ellos son equiparables aquellos deberes que sin proceder de una ley lo hacen de un reglamento, estatuto profesional, etc. 2. Especial aceptación. Tomamos la terminología utilizada por la mayoría de los autores, no sin advertir de su equivalencia con el contrato al que aluden, entre otros, Debesa y Antolisei.

En cuanto al calificativo especial, se refiere, como señala el profesor Medger, a que de la aceptación del deber se derive una situación especialmente peligrosa o un aumento del peligro ya existente, y que la aceptación se realice con el fin de evitar dicho peligro. Dentro de este apartado señalaremos los casos que deriven de contratos, como los de obras y los procedentes de relaciones profesionales. 3. Actuación precedente.

Quien crea un peligro tiene el deber de actuar y, si no lo hace, responde de ello. La actuación precedente tanto puede ser inculpable como culposa. Como ejemplo del primer caso, se cita el de quien encerró a otra persona sin saberlo y, al tener conocimiento de ello, surgiendo el deber de liberarla, no lo hace, cometiendo, por tanto, detención ilegal por omisión.

Como ejemplo del segundo, se habla de quien, conduciendo a excesiva velocidad y atropellando a un peatón, al darse cuenta de que se trata de su enemigo, le abandona para que muera. 4. Admisibilidad de la comisión por omisión. Desde una perspectiva general y objetiva, es evidente que la existencia de estos delitos lesiona el esencial principio de legalidad, salvo que estuviesen tipificados todos los supuestos en que el no hacer que no impide un resultado equivale al hacer que lo causa.

Aparte de que esto es irrealizable, tampoco hay una noción legal de lo que sea la comisión por

omisión ni determinación de cuándo hay deber de actuar ni en qué debe este fundarse. Esto significa que la comisión por omisión quede en el terreno de la doctrina y la jurisprudencia, siendo el juez en cada caso quien, sin olvidar que ello supondrá la ampliación del ámbito del principio de legalidad, tendrá que determinar la equivalencia o no de aquella omisión que no impidió el resultado con la acción causante del mismo. Pero si el nulo un crimen supone un freno a la admisión de la comisión por omisión, no hay que olvidar que el derecho debe ser más progresista que defensista.

En derecho penal se tratará no sólo de castigar conductas perturbadoras del orden tradicional, sino de fomentar la conducta exigida por la vida en sociedad con base en el concepto de la solidaridad humana, entre otros. No otra idea fue la impulsora de la creación del tipo de la omisión del deber de socorro y puede ser la del definitivo reconocimiento de la comisión por omisión. Desde esta óptica, la conducta de quien permite, pudiendo evitarlo y teniendo el deber jurídico de hacerlo un daño para otro, es tan reprochable como la conducta activa que directamente produce ese daño.

Así pues, de aceptarse este papel preponderante del derecho, la respuesta al conflicto planteado entre éste y el principio de legalidad quedaría resuelta en el sentido de admitir la comisión por omisión siempre sin olvidar que su aplicación habrá de hacerse prudentemente y atendiendo principalmente al deber de actuar y al fundamento del mismo. Veamos por fin la admisibilidad de la comisión por omisión, no ya desde un punto de vista general, sino con relación a nuestro derecho. Volvemos a traer aquí el texto del párrafo primero del artículo 1 de nuestro Código Penal, según el cual son delitos y faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley.

El hecho de que en el Código Español figure este segundo término, omisiones, facilita las cosas, ya que no existe el obstáculo presente en códigos extranjeros en los que sólo se habla de acciones, difícilmente equiparables, en opinión de muchos tratadistas, a las puras abstenciones. No obstante, el profesor Córdoba, a la vista del texto del artículo primero, omisiones penadas, afirma que en el Derecho Español sólo serán, pues, punibles aquellas formas de comisión por omisión tipificadas por la ley. El criterio de la mayor doctrina no coincide, sin embargo, con este, ya que contempla la comisión por omisión en el término acciones de nuestro primer artículo.

Con el término omisiones, opina, el legislador se refiere a la omisión propia, mientras que la comisión por omisión está en el término acciones, ya que su base está constituida por un hacer activo en el que el resultado dañoso, excepcionalmente, se causa por un no hacer. Por otra parte, y en definitiva, la clave para la equiparación o no de la acción a la comisión por omisión nos la va a proporcionar, en cada caso, el tipo concreto que se examine. En cuanto a la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en el tema que estudiamos, hemos de decir que, con referencia a los delitos dolosos y, como en otras ocasiones, nuestro más alto tribunal se muestra enormemente cauto, consciente de la trascendencia de sus fallos y hasta que, en definitiva, la comisión por omisión esté absolutamente construida por los autores y

consolidada por el paso del tiempo, cuando menos.

Así, sentencias de audiencias en las que se apreció esta forma de acción son casadas por el Tribunal Supremo que niega tal calificación. Este tratamiento, sumamente restrictivo, se ve en los supuestos que representan una situación límite entre la comisión por omisión y la omisión del deber de socorro. Así, en la sentencia de 12 de febrero de 1958 se contempla el supuesto de una madre que no auxilió a su hijo de corta edad envenenado por su marido.

Pues bien, mientras la audiencia condenó a la madre como parricida, el Tribunal Supremo le castigó como autora de un delito del artículo 489 bis con la imposición de una pena considerablemente menor. No obstante esto, a través de otras sentencias, se ve que el Tribunal Supremo admite la posibilidad de que el tipo del artículo 489 bis pueda convertirse en el de comisión por omisión al concurrir un deber jurídico y un dolo referido al resultado. Por ejemplo, la sentencia de 8 de noviembre de 1961, en la que se califican los hechos como un delito de auxilio al suicidio cometido por omisión.

Por respecto al deber de actuar, que debe estar necesariamente presente, si es cierto que el Tribunal Supremo exige generalmente que el mismo dimanase de un precepto jurídico, no sucede así, por ejemplo, en sentencia de 3 de junio de 1969, en que, aún no de forma expresa, parece admitir su distinta procedencia. Con relación a los delitos culposos, el Tribunal Supremo adopta postura distinta desde el momento en que comienza definiendo la culpa como acción u omisión, dando a este último término un sentido mucho más amplio al de omisión descrita por la ley. Para terminar, sintetizamos nuestra opinión afirmando que la comisión por omisión tiene perfecta cabida en nuestro derecho.

Ahora bien, y puesto que el principio de legalidad ha de resultar salvaguardado siempre, su aplicación ha de ser prudente en espera de una deseable determinación legal de la equiparación cuando proceda del impedir existiendo el deber jurídico de hacerlo y el causar positivo. Doña Pilar Sacristán, profesora de Derecho Penal I, ha desarrollado el tema la comisión por omisión.