

LA CARACTERIZACIÓN DE ACCIÓN Y OMISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

Comentario a la STS de 12 de junio de 1992
(A. 5203 / D. 6255)

—ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER—*

JUAN MANUEL LACRUZ LÓPEZ

Profesor Asociado del Departamento de Derecho penal
(Derecho penal y Criminología)
Universidad Nacional de Educación a Distancia

En la sentencia que voy a comentar la Sala Segunda del Tribunal Supremo se pronuncia sobre un clásico supuesto que frecuentemente deriva en responsabilidad por omisión: el del progenitor que no hace nada para impedir que su cónyuge o pareja de hecho maltrate o lesione a su hijo. Sin embargo, en este caso el Alto Tribunal se decide por conectar la pena con un comportamiento activo. Se enjuicia a una madre que acostumbraba a dejar a su vástago de veintiún meses a cargo de su compañero, «...persona que tendía a maltratarlo...» y que finalmente llegó a causar lesiones al menor. La conduc-

* Abreviaturas empleadas: A.: Colección de jurisprudencia Aranzadi; art.: artículo; Absch.: Abschnitt; ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; Anm.: Anmerkung; Aufl.: Auflage; Bd.: Band; BGH: Bundesgerichtshof; CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial; CP: Código penal; D.: Colección de jurisprudencia El Derecho; ed.: edición; ép.: época; fasc.: fascículo; FS: Festschrift; Hrsg.: Herausgeber; MonSchrKrimBiol.: Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform; MonSchrKrimPsych.: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform; n./ns.: nota/s; n.º: número; ob. cit.: obra citada; p./pp.: página/s; Rdn.: Randnummer; s./ss.: siguiente/s; STS/SSTS: Sentencia/s del Tribunal Supremo; vol.: volumen; Vorbem.: Vorbemerkung; §/§§: parágrafo/s.

ta de la acusada había sido calificada por la Audiencia Provincial de Barcelona como simple complicidad —art. 16 CP 1973— en los delitos de maltrato de menores y lesiones. El Ministerio Fiscal recurrió por lo que consideraba inaplicación indebida de la cooperación necesaria por omisión —art. 14.3.º CP 1973— con respecto al delito de lesiones.

En el único Fundamento de Derecho de la sentencia que vamos a estudiar, las disquisiciones del ponente se dirigen en primer lugar a comprobar el necesario nexo entre la pretendida omisión y el resultado. Pues bien, en este marco, se afirma lo siguiente: «...La aplicación del art. 14.3.º CP [cooperación necesaria] presupone una contribución causal... sin la cual... el hecho «no se hubiera efectuado»... si se admite... que la procesada debe responder básicamente por haber omitido impedir el resultado de lesiones, es indudable que el art. 14.3.º CP no se debió aplicar, toda vez que *las omisiones carecen de efecto causal: la nada, nada causa*. Por tal motivo, en los delitos de omisión sólo cabe requerir una *causalidad hipotética*, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una seguridad rayana en la probabilidad [sic]... La audiencia... entendió que carecía de esta seguridad... ya que los hechos podrían haber ocurrido aunque ella hubiera estado presente... En consecuencia, admitido que no existe seguridad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, no es posible fundamentar ninguna responsabilidad por la omisión, ni aplicando el art. 14.3.º ni sobre la base del art. 16 CP [simple complicidad] pues la comisión por omisión requiere siempre como presupuesto inicial que se compruebe la *causalidad hipotética*... Excluida la causalidad hipotética, poco importa si la acusada era o no garante en el sentido de los delitos de omisión impropios...».

Pero las argumentaciones no acaban aquí, finalmente el ponente se decanta por la existencia de responsabilidad por acción. De especial interés resulta su justificación: «...lo que fundamenta la responsabilidad de la acusada no es la omisión de impedir la producción del resultado, sino su comportamiento activo... La existencia de un comportamiento activo se desprende de la aplicación del *criterio de la causalidad* para la distinción entre acción y omisión. Según éste si alguien con un comportamiento activo (en este caso el poner al niño en manos de su compañero) causa el resultado (si la procesada no hubiera puesto al niño al alcance del sujeto peligroso las lesiones no se hubieran producido) se debe apreciar una acción positiva y no una omisión. Dicho de otra manera: habrá que apreciar la existencia de una acción (positiva) como base de la valoración jurídica, cuando el comporta-

miento del autor implique el *empleo de energía que impulse el nexo causal...*»¹.

Los párrafos transcritos dan una idea de los muchos aspectos dignos de estudio que presenta esta sentencia; en cualquier caso, voy a centrarme en una cuestión a la que generalmente no se presta demasiada atención, al menos en cuanto a su tratamiento por la jurisprudencia. Me refiero al modo en que quedan caracterizadas conductas activas y omisivas como formas de comportamiento humano distintas.

Es comúnmente aceptado que acción y omisión son conductas diferentes y que por ello necesitan de un diferente tratamiento jurídico-penal. De hecho, al menos desde que fue magistralmente formulada por Gustav RADBRUCH, constituye opinión dominante la de que, atendiendo a la naturaleza del comportamiento, el sistema del delito está atravesado por una brecha, un abismo que lo divide en dos². Por esta razón tiene especial interés analizar de qué manera hacer y omitir son descritos por doctrina y jurisprudencia. Y es que, si se parte de los presupuestos que acabamos de señalar, es innegable que a la hora de decidir uno u otro tipo de regulación, a la hora de establecer unos u otros límites para exigir responsabilidades por acción y por omisión, será determinante el modo en que hayan sido caracterizadas.

Y en este sentido, la sentencia que nos ocupa refleja una concepción modélica de los puntos de desencuentro entre acción y omisión. Para distinguir ambas formas de conducta se apoya expresamente en el denominado «criterio de la causalidad», planteamiento que finalmente complementa con alguna referencia al empleo de energía. Estaríamos ante una conducta activa «...cuando el comportamiento del autor implique el *empleo de energía que impulse el nexo causal...*»³. Ello

¹ Todas las cursivas han sido añadidas por el autor.

² Véase RADBRUCH, Gustav, «Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem», Guttentag, Berlin, 1904 (reimpresión en la editorial Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1967, con introducción de Arthur KAUFMANN), pp. 132 y ss. y 143.

³ Cursiva añadida por el autor. Al conjugar los criterios de la causalidad y de la energía, esta sentencia se aproxima a los planteamientos desarrollados en la doctrina por Ulrich SIEBER, que acota las consecuencias de la aplicación estricta del pensamiento de la causalidad con referencias al empleo de energía; véanse en este sentido no sólo SIEBER, Ulrich, «Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der "pasiven" Gesprächsteilnahme», *Juristenzeitung*, 1983, pp. 431 y ss.; sino también, FÜNFSINN, Helmut, «Der Aufbau der fahrlässigen Verletzungsdelikte durch Unterlassen im Strafrecht», Lang, Frankfurt am Main, 1985, p. 42; FREUND, Georg, «Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldpruch und Strafe», Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1992, p. 19; o GIM-

nos podría llevar a darnos por satisfechos limitando este trabajo a su estudio: el criterio en el que se basa parece razonable e incluso apunta a que es en ese concreto aspecto donde se encuentra la raíz de la distinta consideración penal de conductas activas y omisivas. Sin embargo, si analizamos con detenimiento el conjunto de la jurisprudencia del Supremo no es ésta la única dirección que podemos encontrar, ni siquiera en cuanto a la valoración de las relaciones entre omisión y causalidad, y es que si ampliamos el ámbito de nuestro estudio veremos que tampoco hay unanimidad en los planteamientos que han sido defendidos por la doctrina penal.

En efecto, existen al menos tres corrientes bien definidas a la hora de delimitar los caracteres de acción y omisión. Por una parte se sostienen concepciones de carácter naturalista, que hacen referencia a los aspectos externos que pretendidamente harían distintos a hacer y omitir; en el extremo contrario, otros planteamientos hunden sus raíces en criterios de carácter normativo, valorativo; y por último, tal y como señala la STS de 12 de junio de 1992, un importante grupo hace hincapié en las diferencias que acción y omisión presentan en el plano causal.

No obstante, resulta conveniente precisar que las decisiones en las que resultaría apropiado que nuestro Tribunal Supremo analizara con detenimiento la caracterización de hacer y omitir suelen ser más bien tímidas en sus incursiones en dicha cuestión. En la inmensa mayoría de los casos nuestro Alto Tribunal se limita a señalar como relevante una u otra forma de realización del delito objeto de estudio, sin describir las particularidades que definen a acción y omisión y su posible influencia en el tratamiento que merezcan. Siguiendo esta misma tónica, incluso resulta fácil encontrar supuestos en los que se dilucida la responsabilidad penal del sujeto sin que llegue a quedar en absoluto clara la concreta naturaleza de los hechos por los que se le está imponiendo una pena⁴.

BERNAT ORDEIG, Enrique, «Causalidad, omisión e imprudencia», en «La comisión por omisión», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 167 —también publicado en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVII, fasc. III, 1994, p. 11; y en «Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución», editado por Romeo Casabona, Carlos María, Universidad de La Laguna-Comares, La Laguna-Granada, 1997, p. 57—; y el mismo, «El delito de omisión impropia», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.^a ép., vol. 4, UNED, Madrid, 1999, p. 543.

⁴ En general, de esta cuestión nos advierte ALASTUEY DOBÓN en su trabajo sobre la jurisprudencia española en torno a la omisión; véase ALASTUEY DOBÓN, María del

Pues bien, tras esta introducción, creo que se hace necesario llevar a cabo una descripción de los aspectos básicos de los distintos planteamientos de la caracterización de acción y omisión, así como del modo en que han sido recogidos por la jurisprudencia española.

1. Las teorías de carácter naturalista

Cuando se habla de los criterios de diferenciación de hacer y omitir de carácter naturalista generalmente se hace referencia a aquellos que se apoyan en la idea del movimiento corporal y a los que se sustentan en la aplicación o falta de aplicación de energía, concepto este último al que ya hacía referencia la sentencia que hemos transcrito.

1.1. *El criterio del movimiento corporal*

El pensamiento básico de este tipo de criterios resulta muy sencillo; se trata simplemente de que mientras la acción está presidida por el movimiento, la omisión carece de él, es un comportamiento estático. Sus orígenes se remontan a autores como Ernst BELING y Franz VON LISZT, que marcan la existencia de dos modos distintos de entender la presencia de movimiento en el comportamiento humano: los criterios intransitivo y transitivo del movimiento corporal.

1.1.1. El primero de ambos planteamientos, el que tiene su origen en BELING, está impregnado de un naturalismo radical, absoluto, en el que no existe espacio para introducir elementos valorativos de ningún tipo. Con dicha premisa distingue dos tipos de comportamiento: la acción en sentido estricto, esto es, el «...movimiento corporal voluntario...»⁵ y la omisión, mera inmovilidad, inactividad vo-

Carmen, «Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLV, fasc. III, 1992, pp. 989 y ss. A título de ejemplo podemos señalar las siguientes decisiones del Tribunal Supremo: STS de 15 de enero de 1968 (A. 368) —ponente: Jesús SÁEZ JIMÉNEZ—; STS de 25 de abril de 1988 (A. 2922) —ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER—; STS de 17 de septiembre de 1990 (A. 7168) —ponente: Joaquín DELGADO GARCÍA—; STS de 8 de junio de 1991 (A. 5702) —ponente: Enrique RUIZ VADILLO—; y STS de 6 de julio de 1993 (D. 6737) —ponente: Fernando DÍAZ PALOS—. Sobre el contenido de las mismas y la valoración que merecen véase LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, «Comportamiento omisivo y Derecho Penal», tesis doctoral, UNED, Madrid, 2001, pp. 76 y ss. y 81 y ss. —de próxima publicación—. Sobre esta misma cuestión volveremos más abajo.

⁵ Véase BELING, Ernst, «Die Lehre von Verbrechen», J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1906 (reimpresión en la editorial Scientia, Aalen, 1964), § 3, p. 9.

luntaria⁶, que más adelante describe como «...retención de los nervios motores...», «...omisión de todo movimiento muscular...», «...lo más *intransitivo* que existe...»⁷ y es que el concepto de omisión es aquí absolutamente independiente de lo que se pueda haber dejado de llevar a cabo. En definitiva, aplicando este modo de entender la diferenciación, una vez que nos hayamos situado en el punto de vista del observador, si presenciáramos una acción percibiríamos movimiento, mientras que ante una omisión seríamos testigos de la más absoluta pasividad; eso sí, en ambos casos estaríamos ante el resultado de una realización de voluntad⁸.

1.1.2. Frente a la propuesta de BELING, VON LISZT inaugura la denominada línea transitiva de la teoría del movimiento corporal. En su opinión la acción en sentido amplio, y por ello comprensiva tanto del hacer en sentido estricto como del omitir⁹, consiste en una «...modificación, es decir, *causación* o *no evitación* de una modificación (de un resultado), del mundo exterior por un comportamiento voluntario...»¹⁰. Dicha modificación es consecuencia de una manifestación de voluntad¹¹ que, como se desprende de la propia definición, puede presentar dos formas¹²: la primera de ellas consistirá en la realización voluntaria de un movimiento corporal, se trata de la acción en sentido estricto, que VON LISZT define como la «...causación voluntaria de un resultado...»¹³; la segunda de las apariencias que podrá tomar la realización de voluntad estará caracterizada por la omisión voluntaria del movimiento corpo-

⁶ Véase BELING, Ernst, «Lehre...», ob. cit. n. anterior, § 3, p. 9.

⁷ Véase BELING, Ernst, «Lehre...», ob. cit. n. 5, § 3, p. 15. La cursiva ha sido añadida por el autor.

⁸ Debido a su radicalidad la construcción de BELING no ha tenido trascendencia directa en la obra de otros autores.

⁹ VON LISZT se decanta respectivamente por los términos «*Handlung*», «*Tun*» y «*Unterlassung*» para denominar a la acción en sentido amplio, al hacer en sentido estricto y a la omisión; véase LISZT, Franz VON, «Lehrbuch des Deutschen Strafrechts», 21. und 22. Aufl., Walter de Gruyter & Co., Berlin-Leipzig, 1919, §§ 28 y ss., pp. 115 y ss.

¹⁰ Véase LISZT, Franz VON, «Lehrbuch...», 21. und 22. Aufl., ob. cit. n. anterior, § 28, p. 116; la cursiva ha sido añadida por el autor.

¹¹ No en vano VON LISZT distingue tres elementos en la estructura de su concepto de acción en sentido amplio: la realización de voluntad; el resultado, es decir, la modificación en el mundo exterior; y la existencia de una relación entre los dos primeros —de causalidad— en el caso de la acción en sentido estricto o análoga si se trata de una omisión—; véase LISZT, Franz VON, «Lehrbuch...», 21. und 22. Aufl., ob. cit. n. 9, § 28, pp. 116 y ss.

¹² Véase LISZT, Franz VON, «Lehrbuch...», 21. und 22. Aufl., ob. cit. n. 9, § 28, p. 116, § 29, pp. 120 y s. y § 30, pp. 126 y ss.

¹³ Véase LISZT, Franz VON, «Lehrbuch...», 21. und 22. Aufl., ob. cit. n. 9, § 29, p. 120.

ral, a esta omisión la describe como «...no evitación voluntaria del resultado...»¹⁴. Es precisamente la referencia a un concreto resultado lo que determina el carácter «transitivo» de este planteamiento y su alejamiento de la construcción de BELING.

En efecto, así como cuando alguien lleva a cabo una acción resulta evidente que siempre se producirá el consustancial movimiento corporal, no es menos cierto que si nos encontramos ante un omitente, el hecho de que omita la realización de un determinado hacer, esto es, que no realice el «concreto» movimiento corporal voluntario que llevaría consigo la evitación del resultado, no es en absoluto incompatible con que pueda llevar a cabo otros distintos y que, por lo tanto, el objeto de nuestra observación sea dinámico —lo que paradójicamente, y atendiendo a la naturaleza del ser humano, será lo más probable—¹⁵. De aquí se deriva que en la concepción de VON LISZT, frente a lo que ocurría en la de BELING, la omisión constituye un concepto *relativo y transitivo*; y es que su omisión es la omisión de un comportamiento determinado¹⁶.

¹⁴ Véase LISZT, Franz VON, «Lehrbuch...», 21. und 22. Aufl., ob. cit. n. 9, § 30, p. 126.

¹⁵ De hecho, la doctrina discute la mera posibilidad de que exista en la práctica caso alguno de omisión «en estado puro» o inactividad voluntaria, esto es, el comportamiento humano caracterizado por la absoluta falta de movimiento. Sobre esta cuestión, véase por todos LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, «Comportamiento omisivo...», ob. cit. n. 4, n. 87 (pp. 111 y s.) donde se cita abundante bibliografía.

¹⁶ Son muchos los autores que se han ido sumando al criterio del movimiento corporal en sentido transitivo, entre ellos: RADBRUCH, Gustav, «Handlungsbegriff...», ob. cit. n. 2, p. 135; BINDING, Karl, «Die Normen und ihre Übertretung», 2. Bd., 1. Hälfte, 2. Aufl., Felix Meiner, Leipzig, 1914, pp. 102 y ss. y especialmente 108 y s. (reimpresión de esta segunda edición en la editorial Scientia, Aalen, 1965); MAYER, Max Ernst, «Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts» (Lehrbuch), Carl Winter, Heidelberg, 1915, pp. 108 y ss.; HIPPEL, Robert von, «Lehrbuch des Strafrechts», Julius Springer, Berlin, 1932, §§ 28 y ss., pp. 90 y ss.; SÁNCHEZ TEJERINA, Isaiás S., «Teoría de los delitos de omisión. Delitos de simple omisión, delitos de comisión por omisión, delitos de omisión espiritual», Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, vol. XXX, Hijos de Reus, Madrid, 1918, pp. 24 y ss. y 31 y ss.; GALLAS, Wilhelm, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 67, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1955, pp. 8 y ss.; LAMPE, Ernst-Joachim, «Täterschaft bei fahrlässiger Straftat», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 71, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1959, pp. 587 y ss.; el mismo, «Die Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 79, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1967, pp. 487 y ss.; SPENDEL, Günter, «Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen», *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1961, pp. 188 y ss.; el mismo, «Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte», *Juristenzeitung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1973, p. 139; HERZBERG, Rolf Dietrich, «Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantien-

Trazadas las líneas básicas del pensamiento del movimiento corporal, entre las decisiones del Tribunal Supremo que hacen frente al problema de la caracterización, resulta considerable —desde luego, en términos relativos— el número de aquellas en que se hace referencia al carácter dinámico o estático de la conducta como factor determinante de su naturaleza activa u omisiva, asumiéndose de modo expreso el criterio del movimiento corporal. Se trata por tanto de uno de los planteamientos más asentados en nuestra jurisprudencia. En cualquier caso, debemos entender que detrás de ellas late la concepción transitiva del movimiento; en decisión alguna se asume expresamente la radical propuesta de BELING.

Como ejemplo de esta tendencia puede valer la referencia a las siguientes sentencias:

— STS de 3 de junio de 1969 (A. 3160) —ponente: Ángel ESCUDERO DEL CORRAL—: nos encontramos ante una de las manifestaciones más claras y contundentes del Tribunal Supremo en favor del criterio del movimiento corporal. Los hechos analizados son calificados como un delito de infanticidio (art. 410.1 C.P. derogado)¹⁷. Pues bien, en el primer considerando de la decisión se afirma que «...a este resultado material (muerte del recién nacido), puede llegarse tanto a medio de un *dinamismo*, que represente el ejercicio de una acción positiva, como por una *abstención o pasividad* determinante del evento, pues resulta posible la comisión por omisión...». Posteriormente, entre los requisitos que enumera como necesarios para exigir responsabilidad penal por comisión por omisión destaca —además, entre otros, del carácter ideal y materialmente causal de la conducta omisiva— el que «...la *quieta actitud* o *inacción* signifique la lesión de una obligación de actuar de la madre...». En el segundo considerando se hace hincapié en estas ideas cuando se exige «...una culpabilidad apoyada en la *inhibición* o *pasividad*...». Por último, en el tercero el ponente recalca que «...adecuada es esa *pasividad* o *quietud*, para entender que causalmente tenía que generar forzosamente la muerte...»¹⁸. Sin lugar a dudas es la existencia o ausencia de movimiento corporal el elemento central sobre el que se hace girar en

prinzip», Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1972, pp. 69, 132 y 279 y s.; y RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general*, 18.ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, pp. 361 y ss.

¹⁷ Según el cual: «La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor».

¹⁸ En todos los anteriores entrecomillados la cursiva ha sido añadida por el autor.

esta sentencia toda la cuestión de la naturaleza del comportamiento¹⁹.

— SSTS de 6 de junio de 1973 (A. 2597) —ponente: Benjamín GIL SÁEZ— y de 22 de noviembre de 1976 (A. 4866) —ponente: Antonio HUERTA Y ÁLVAREZ DE LARA—: se trata de dos sentencias en las que el Alto Tribunal conoce de sendos supuestos de homicidio, el primero por imprudencia simple con infracción de reglamentos (art. 565.2 en relación con art. 407 C.P. derogado) y el segundo por imprudencia temeraria (art. 565.1 en relación con art. 407 C.P. derogado)^{20, 21}. Su interés radica en que, si bien no se expresa de manera tan detallada y extensa como en la decisión que acabamos de mencionar, sí que, utilizando en ambos casos idéntica fórmula, señala que los delitos imprudentes «...pueden ofrecerse... como verdadero delito de omisión desde el inicio en el que no concurre una *actividad* del agente, sino una *pasividad*...»²².

— STS de 21 de diciembre de 1977 (A. 4971) —ponente: José HIJAS PALACIOS—: el Tribunal Supremo condena a un sujeto como

¹⁹ Lo que no impedirá que volvamos a hacer referencia a esta decisión del Alto Tribunal cuando nos ocupemos del criterio de la causalidad del comportamiento. En efecto, en esta sentencia se hacen algunas reflexiones que suponen la virtualidad causal de las conductas omisivas; véase, más abajo, el apartado 3.1, p. 359.

²⁰ El tenor del art. 565.1 y 2 del CP derogado, al que hacen referencia las sentencias citadas, era el siguiente: «El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor.

Al que, con infracción de los reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia, se impondrá la pena de arresto mayor».

En cuanto al art. 407 del CP derogado, decía: «El que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor».

²¹ La última de las dos sentencias citadas hace referencia a la muerte de un menor de 16 ó 17 meses como consecuencia del estado de dejadez en que lo mantenían sus padres. En este caso, el Tribunal Supremo se decide por conectar la imprudencia con el delito de homicidio en lugar de hacerlo con la figura agravada del parricidio (art. 405 viejo CP), como de hecho ocurre en tantas otras sentencias. Esta cuestión provocó una interesante discusión entre distintos sectores de la doctrina, cuyo análisis rebasa nuestros actuales objetivos. Sobre este tema véanse entre otros: ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, ADPCP XLV (1992), ob. cit. n. 4, pp. 1003 y ss., que incluye numerosa jurisprudencia relativa a casos de omisión; y RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, «Derecho penal español. Parte especial», 18.^a ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 55 (ns. 18 y s.), con referencias doctrinales y jurisprudenciales. Actualmente, con la supresión de la figura del parricidio en el Código penal de 1995, ha quedado superada toda la anterior polémica.

²² La cursiva ha sido añadida por el autor.

autor por comisión por omisión de la muerte de una niña que previamente había atropellado imprudentemente. En el desarrollo de la argumentación, siguiendo fielmente la dirección que habían señalado los anteriores pronunciamientos, se define al comportamiento omisivo como una «...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...»²³, a lo que se ha de añadir el requisito de que concurra un deber jurídico de obrar. La corriente jurisprudencial que asume la teoría del movimiento corporal queda plenamente confirmada.

— STS de 4 de octubre de 1993 (D. 8689) —ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER—: el Tribunal Supremo casa la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial, que calificaba los hechos de delito de homicidio por imprudencia simple, y dicta nueva sentencia aplicando la imprudencia temeraria. La recurrente es una ATS que, a pesar de que el padre del niño fallecido apreció síntomas inquietantes en la evolución del mismo, se abstuvo «...de comprobar personalmente el estado del lactante...». El Alto Tribunal analiza en su decisión la concurrencia del señalado comportamiento omisivo, marco en el que afirma que: «...la existencia de una omisión depende de que el autor haya tenido, en el momento en el que debía cumplir un mandato, capacidad de acción... Esta capacidad sólo falta cuando el omitente carecía completamente de conciencia de las circunstancias que generan su deber de actuar o cuando le es totalmente imposible realizar el *movimiento corporal* requerido...». En el caso concreto la encausada no «...estuvo totalmente impedida de realizar los *movimientos corporales* que le eran exigidos...»^{24, 25}.

²³ La cursiva ha sido añadida por el autor. Debido a la inclusión de una referencia a la ausencia de fuerza motriz, retomaremos esta sentencia más abajo, en los apartados 1.2, pp. 341 y ss., y 2.4, pp. 349 y s.; y por la afirmación de la existencia de una relación de causalidad entre la manifestación de voluntad en la omisión y el resultado producido volveremos a hacer referencia a la misma en el apartado 3.1, p. 360.

²⁴ La cursiva ha sido añadida por el autor.

²⁵ En parecido sentido véase también la STS de 15 de octubre de 1987 (A. 7379) en la que se absuelve a dos sujetos a los que se pretendía exigir responsabilidades por su supuesta imprudencia en la muerte de un paciente del hospital en que trabajaban. En este caso se caracteriza a la culpa *in omitendo* «...por la *inacción*, por la *pasividad* o por la *abstención* o *inactividad* de quien... estaba obligado a actuar...» —cursiva añadida por el autor—.

1.2. *El criterio de la energía en su vertiente naturalista*

El otro criterio de carácter externo que más repercusión ha tenido en la Ciencia del Derecho penal ha sido el que se sustenta en la aplicación o no de energía. Las conductas activas estarían caracterizadas por el empleo de energía, mientras que la omisión no necesitaría de la misma. Se trata de un planteamiento que ha sufrido una importante evolución incluso dentro de la obra de su propio creador, Karl ENGISCH, en la que es posible delimitar tres fases.

1.2.1. En una primera, la energía es contemplada desde una perspectiva naturalista. En opinión de ENGISCH, el concepto de comportamiento engloba no sólo al hacer positivo, que entiende como «...*aplicación de energía* en una determinada dirección, particularmente la *realización de un concreto movimiento corporal...*», sino también a «...la omisión como no-hacer-algo, la *no aplicación de energía* en una determinada dirección, en especial la *no realización de un concreto movimiento corporal...*»²⁶. Como vemos, en esta definición los conceptos de «movimiento corporal» y «energía» se entremezclan hasta aparecer como distintos aspectos de la manifestación de un mismo fenómeno. La única novedad es que considera que también en la no realización de un movimiento corporal es posible la intervención de un esfuerzo interior, que supondrá desde luego la aplicación de energía y que por tanto debe ser calificado de «hacer positivo interno»²⁷. No obstante, lejos de profundizar en las implicaciones que de esta precisión podrían derivarse en la construcción de su criterio de delimitación, ENGISCH considera que este hecho no impide que una conducta con las señala-

²⁶ Véase ENGISCH, Karl, «Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände», J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931, p. 29 —cursiva añadida por el autor—. También en este mismo sentido: ENGISCH, Karl, «Besprechung über Gerhart Husserl, "Negatives Sollen im Bürgerlichen Recht. Studien zur Theorie der Unterlassung, zur Theorie und Dogmengeschichte des Schuldverhältnisses", Breslau, Ferdinand Hirt, 1931», *MonSchrKrimPsych.*, Bd. XXIV, 1933, p. 239.

En sus escritos posteriores se mantiene constante la referencia a la energía, si bien rechazando de primer plano cualquier asociación de la misma con el punto de vista meramente físico que implica en este primer momento la referencia al movimiento corporal; véanse en este sentido: ENGISCH, Karl, «Der Arzt im Strafrecht», *MonSchrKrimBiol.*, Bd. XXX, 1939, pp. 423 y s.; el mismo, «Von Weltbild des Juristen», Carl Winter, Heidelberg, 1950, p. 37 (n. 70); el mismo, «Tun und Unterlassen», *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1973, p. 174; y el mismo, «Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe», *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1977, p. 325 (n. 22).

²⁷ «*positives inneres Tun*»; véanse ENGISCH, Karl, «Kausalität...», ob. cit. n. anterior, p. 29 (n. 1); y el mismo, *MonSchrKrimPsych.* XXIV, ob. cit. n. anterior, p. 240.

das características siga teniendo carácter omisivo, ya que en dicho hacer positivo interno reside el origen de una omisión externa²⁸.

1.2.2. Es en una segunda fase cuando comienzan a tomar cuerpo con mayor claridad las divergencias entre el pensamiento de Karl ENGISCH y la teoría del movimiento corporal. Efectivamente, después de definir de nuevo a hacer positivo y a omitir como aplicación y no aplicación de energía en una determinada dirección, precisa que el concepto de «energía» —piedra angular del sistema—, no debe ser interpretado en sentido físico. Lejos de ello, al utilizar dicho término lo hace con la intención de que sea comprendido tal y como corresponde al uso lingüístico común; se trata de «...aplicación voluntaria de energía...» y dicha aplicación no necesita producirse hacia el exterior sino que puede estar dirigida hacia el interior²⁹. El sentido que ha de prevalecer es pues el lingüístico, y es en esta línea en la que ENGISCH —dando un giro de ciento ochenta grados con respecto a lo que ya conocíamos—, se permite ahora subrayar que no sólo no es posible identificar la omisión con la mera pasividad, sino tampoco el hacer con el movimiento corporal³⁰. Posteriormente su propuesta aún pasaría por una tercera fase de un normativismo aún más radical³¹.

El criterio de la energía es por tanto un criterio de transición hacia perspectivas normativas. Sin embargo, en este momento nos interesa centrarnos en su vertiente naturalista.

En este campo llama la atención que pese a su importante acogida doctrinal³², el resultado que arroja un estudio de la jurisprudencia

²⁸ Véase ENGISCH, Karl, «Kausalität...», ob. cit. n. 26, p. 29 (n. 1); y el mismo, *MonSchrKrimPsych.* XXIV, ob. cit. n. 26, p. 240.

²⁹ Véanse ENGISCH, Karl, *MonSchrKrimBiol.* XXX, ob. cit. n. 26, pp. 423 y s.; y el mismo, «Weltbild...», ob. cit. n. 26, pp. 37 y s. (especialmente n. 70).

³⁰ Véase ENGISCH, Karl, *MonSchrKrimBiol.* XXX, ob. cit. n. 26, ns. 28 (p. 423) y 29 (p. 424). Comparemos esta nueva postura con su definición de acción y omisión de principios de los años treinta, en la que los conceptos de energía y movimiento corporal quedaban expresamente ligados —véase, más arriba, la n. 26.

³¹ A la que nos referiremos más abajo, en el apartado 2.4, pp. 348 y ss.

³² Defienden planteamientos del criterio de la energía que podemos denominar «naturalistas» autores como: SCHLÜCHTER, Ellen, «Grundfälle zur Lehre von der Kausalität. Zweiter Teil. Kausalität im Bereich der Unterlassungsdelikte», *Juristische Schulung*, C. H. Beck, München-Frankfurt, 1976, pp. 795 y ss.; OTTO, Harro / BRAMMSEN, Joerg, «Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens (I)», *Jura*, 1985, pp. 531 y s.; STRUENSEE, Eberhard, «Handeln und Unterlassen, Begehungs- und Unterlassungsdelikte», *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag* (Hrsg. von Winfried Küper und Jürgen Welp), C. F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 136 y ss.; el mis-

española es más bien pobre. Así como por lo que respecta a la teoría del movimiento corporal citábamos sin dificultad sentencias de nuestro Tribunal Supremo que a la hora de ilustrar la naturaleza activa u omisiva de un comportamiento se apoyaban de modo expreso en el mismo, únicamente en la sentencia en que encuentra su origen este comentario se ha adoptado expresa e inequívocamente el criterio de la energía, si bien como ya hemos visto tal adopción se produce en combinación con una línea argumental que apuesta decididamente por la teoría de la causalidad como principal punto de referencia en este ámbito.

— Se trata de la STS de 12 de junio de 1992 (A. 5203 / D. 6255) —ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER—. Recordemos que en ella se conoce de un caso de maltratos y lesiones a un menor. El Ministerio Fiscal recurre, pues considera que se debía haber aplicado la figura de la cooperación necesaria por omisión con respecto al delito de lesiones. Finalmente, tras una larga argumentación en la que el ponente se apoya básicamente en el criterio de la causalidad, el Tribunal opta por la existencia de una responsabilidad por acción ya que, utilizando sus mismas palabras: «...habrá que apreciar la existencia de una acción (positiva) como base de la valoración jurídica, cuando el comportamiento del autor implique el *empleo de energía* que impulse el nexo causal...»³³.

Si bien el alcance que se le quiera dar a esta mención del empleo de energía resulta algo oscuro —sobre todo en cuanto a la posibilidad de que pudiera abarcar supuestos de energía dirigida hacia el interior y más habida cuenta de que se relaciona estrechamente a «energía» con «causalidad»—, resulta innegable la mención expresa a ideas extraídas del principio en el que nos movemos en este momento.

— Más allá de esta interesante decisión, siguiendo la línea de vaguedad que marca las expresiones del Alto Tribunal en el campo de la caracterización de acción y omisión, tan sólo podemos aportar otro ejemplo en el que la terminología empleada parece

mo, «Actuar y omitir. Delitos de comisión y de omisión», traducción al español de Patricia S. Ziffer, *Cuadernos de conferencias y artículos*, n.º 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 14 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, CDJ 1994, ob. cit. n. 3, p. 167 —también publicado en ADPCP 1994, ob. cit. n. 3, p. 11; y en «Dogmática...», ob. cit. n. 3, p. 57—; y el mismo, RDPC 4 (1999), ob. cit. n. 3, p. 543.

³³ La cursiva ha sido añadida por el autor.

aproximarnos, si bien como vamos a ver con importantes matices, a los conceptos que acabamos de analizar. Nos referimos a la STS de 21 de diciembre de 1977 (A. 4971) —ponente: José HIJAS PALACIOS—. En esta compleja sentencia, a la que ya aludíamos al citar la jurisprudencia que se apoyaba en la teoría del movimiento corporal³⁴, se hace responsable del homicidio de una niña en comisión por omisión, entre otros delitos, a un sujeto que tras atropellarla como resultado de su imprudente conducción, la ocultó en un cobertizo sin prestarle las atenciones que hubieran conseguido su recuperación. Pues bien, en el primer considerando de la decisión se propone una definición del comportamiento omisivo en la que resalta la existencia de dos elementos principales: una manifestación de voluntad —en este caso plasmada en la inactividad— y un resultado o cambio en el mundo exterior. Ambos se encuentran unidos por un nexo causal³⁵ aunque —y esto es lo que nos interesa en este momento—, en este caso de la omisión, «...sin fuerza motriz que provoque el resultado...»³⁶. La existencia o no de «fuerza motriz» pasa por tanto a ser uno de los puntos fundamentales en la configuración de la grieta que separa a acción y omisión.

Inmediatamente, colocando en nuestro punto de mira la expresión «fuerza motriz», debemos cuestionarnos si se nos está proponiendo un concepto que podamos asimilar al de «energía natural», con las características planteadas por ENGISCH en sus primeras tomas de postura o cualquiera de los seguidores de esta etapa de su obra, o si resulta en cualquier caso imposible. La respuesta no plantea dificultad alguna: por supuesto que es imposible; y es que no concurren en este nuevo término los caracteres del concepto de energía natural tal y como han sido explicados. En efecto, si bien una primera aproximación nos podría llevar a la conclusión contraria, lo cierto es que una de las principales características con las que se dota al concepto de energía es la de que engloba supuestos de energía dirigida hacia el interior, cuyo principal mérito es el de provocar una situación de inmovilidad externa. ¿Cómo podríamos conciliar estos casos con el calificativo «motriz» usado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo? Sin ulteriores precisiones resulta desde luego imposible, y es que el objetivo de la nueva formulación consiste más bien en incidir en la idea del movimiento como punto central de la

³⁴ Véanse, más arriba, las p. 337 y s.

³⁵ Sobre este aspecto de la sentencia volveremos más abajo, en el apartado 3.1, p. 360.

³⁶ *Cursiva añadida por el autor.*

caracterización de comportamientos activos y omisivos: cuando la relación de causalidad que une la manifestación de voluntad con el resultado venga acompañada por una «fuerza motriz», es decir, una fuerza dirigida indefectiblemente a la producción de «movimiento»³⁷, la conducta será activa, si no es así, estaremos ante una omisión.

Podemos pues concluir que nuestro Tribunal Supremo, y en lo que alcanzo a ver, solamente en una ocasión plantea de un modo serio el recurso al criterio de la energía como herramienta para resolver los problemas de caracterización de acción y omisión. Nos encontramos en condiciones de sopesar los pros y los contras del panorama descrito.

1.3. *Análisis crítico de los planteamientos naturalistas de la distinción*

Quizá la principal razón del éxito de las teorías que nos ocupan se encuentra en su aparente claridad, sustentada en la pretendidamente incuestionable objetividad de los elementos sobre los que están construidas, es decir, en su carácter externo. Acción-movimiento, acción-energía, omisión-quietud, omisión-no aplicación de energía, son binomios que en una primera aproximación parecen difícilmente contestables. Ese carácter objetivo ayudaría a dotar de seguridad a la decisión del intérprete en un ámbito tan sensible del proceso de atribución de responsabilidades como es el de la determinación de la naturaleza del comportamiento.

Sin embargo, tal idea debe ser sometida a un importante proceso de revisión. Veamos los principales argumentos.

1.3.1. El primer dato que apunta en esa dirección es el de que resulta imposible servirse de un criterio externo puro, absoluto, que se fije sin mayor precisión en el carácter dinámico o en el empleo de energía para determinar qué fenómenos deben encuadrarse en el campo de la acción y cuáles en el de la omisión. La razón se encuentra en que las relaciones entre el sujeto y su entorno no son unívocas; hacer y omitir se presentan como conductas compatibles y generalmente

³⁷ La Real Academia Española en su «Diccionario de la Lengua Española», tomo II, 21.^a ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1992, p. 1409, no deja resquicios para dudas: el adjetivo «motriz» significa «que mueve».

acompañantes, por lo que cualquier propuesta que no supere una contemplación meramente visual o mecánica de la realidad ha de resultar de raíz necesariamente defectuosa. Tal afirmación lleva consigo el rechazo de todo criterio naturalista que presente un carácter absoluto con lo que, de inmediato, cae por sí la pretendida univocidad de los criterios externos.

1.3.2. La única vía que queda expedita es por tanto la del manejo de criterios naturalistas de carácter relativo, idea que late tras las sentencias que hemos recogido. Sin embargo, tampoco este camino se muestra transitable. En este ámbito sería aún preciso establecer cuáles son los elementos determinantes del cuándo y el porqué de la concurrencia de una acción o de una omisión más allá de su carácter dinámico o no o de la concurrencia o no de energía. Y dichos elementos, una vez que hemos rechazado los planteamientos absolutos, quedan lógicamente fuera de la simple aproximación a datos como los del movimiento corporal o la energía.

Y es que el Derecho penal, si bien no puede desconocer en sus valoraciones el modo en que se manifiestan los hechos, no debe conformarse con un punto de vista meramente físico, externo, pues si así lo hiciera pasaría por alto la esencia humana de toda conducta relevante y el sentido social de la misma, aspectos que no se pueden sustraer a nuestro análisis.

1.3.3. Hasta aquí lo dicho coincide básicamente con la crítica al naturalismo que se desarrolla desde las primeras décadas del siglo pasado. Sin embargo, ni siquiera entendidos como una primera aproximación a la caracterización de acción y omisión, que estuviera necesitada de ulteriores precisiones, resultan satisfactorios los criterios expuestos. Y es que en el seno de una realidad tan compleja y variada como es la conducta humana existen fenómenos que podemos calificar de acciones pese a presentarse como comportamientos estáticos — pensemos en el guardia que inmóvil vigila a las puertas de palacio— y conductas que implican un fuerte consumo de energía pese a contar precisamente por ello con un significado omisivo —caso de quien debe permanecer inmóvil mientras el médico de urgencias le da unos puntos de sutura—. El núcleo de los criterios expuestos queda pues definitivamente tocado.

A partir de este punto, si movimiento corporal y aplicación de energía fracasan en la caracterización de la distinta naturaleza de acción y omisión, han de fracasar también en la tarea que constituye el principal punto de interés desde la perspectiva del penalista: la de servir de eje sobre el que articular la concreta regulación que desde el punto de

vista jurídico-penal hayamos de hacer de comportamientos activos y omisivos. Las teorías naturalistas de la caracterización se muestran obsoletas a la hora de describir a acción y omisión.

2. Caracterización de acción y omisión desde un punto de vista normativo

Existe una importante corriente doctrinal que se aleja de planteamientos como los que hemos estudiado hasta aquí y que para caracterizar a hacer y omitir emplea criterios de naturaleza normativa. Generalmente se incluye en este grupo a teorías como las del sentido social del comportamiento, el principio *in dubio pro commissione*, el punto central de la conducta del autor y el criterio de la energía en su vertiente normativa.

Llama la atención que si bien este tipo de criterios cuenta con un considerable predicamento en la Ciencia del Derecho penal e incluso en la jurisprudencia alemana, lo cierto es que no existe sentencia alguna de nuestro Tribunal Supremo que se apoye expresamente en los mismos. No obstante, puede resultar de interés hacer una pequeña semblanza de su contenido e idoneidad.

2.1. *El criterio del sentido social del comportamiento*

El origen de esta teoría lo podemos encontrar en la reacción al naturalismo que inspira gran parte de la obra de Eberhard SCHMIDT. En palabras de SCHMIDT: «...el que para la consideración de un comportamiento deba ser utilizado el punto de vista de la “realización positiva del resultado” (y con ello la realización del tipo por el denominado “hacer positivo”) o el de la “no evitación del mismo” (y con ello la realización del mismo por el denominado “omitir”: delito impropio de omisión), no depende del aspecto externo del comportamiento sino del *sentido social* que éste cumple. No son determinantes el “movimiento corporal” por una parte y el “no movimiento”, el “permanecer en reposo” por otra, sino que más bien debe ser probado lo que determina el sentido social de un comportamiento...»³⁸. Partiendo de esta primera constatación concluye que concurrirá un delito de omisión impropia

³⁸ Véase SCHMIDT, Eberhard, «Der Arzt im Strafrecht», Th. Weicher, Leipzig, 1939, pp. 78 y s.; la cursiva ha sido añadida por el autor.

allá «...donde el *sentido social* de un comportamiento signifique “no evitación de un determinado resultado”...»³⁹.

Con estas premisas, podemos destacar que en el marco de la teoría de SCHMIDT es posible que una conducta que desde el punto de vista externo esté caracterizada por atributos activos —se les denomine «movimiento corporal», «aplicación de energía» o de cualquier otro modo— tenga carácter de omisión. Y, en sentido inverso, una situación de pasividad o de no aplicación de energía en una determinada dirección podría sin problema alguno llegar a ser entendida como una conducta activa. El único requisito para llegar a estas conclusiones es que ése sea precisamente el resultado de nuestra interpretación, es decir, el significado social que merezca la conducta objeto de análisis.

Pero, por otra parte, de este modo a Eberhard SCHMIDT se le están abriendo también las puertas a conclusiones de un alcance bien distinto: un único comportamiento, caracterizado por una determinada expresión externa, puede en el seno de esta teoría variar su naturaleza según cuáles sean las circunstancias que lo acompañen⁴⁰.

Pues bien, por lo que atañe a su reflejo en la jurisprudencia española, no nos ha sido posible encontrar pronunciamiento alguno que se manifieste a favor del criterio del sentido social del comportamiento.

³⁹ Véase SCHMIDT, Eberhard, «Der Arzt...», ob. cit. n. anterior, p. 85; cursiva añadida por el autor.

Véanse también, en este mismo sentido: SCHMIDT, Eberhard, «Der Arzt...», ob. cit. n. anterior, pp. 80, 86 y 160; el mismo, «Behandlungspflicht und Nothilfepflicht des Arztes», MonSchrKrimBiol., Bd. XXXIII, J. F. Lehmann, München-Berlin, 1942, pp. 88 y s.; y el mismo, «Soziale Handlungslehre», Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, pp. 347 y ss.

⁴⁰ Entre los seguidores de Eberhard SCHMIDT que se apoyan en el sentido social para caracterizar al comportamiento humano podemos incluir a: DAHM, Georg, «Bemerkungen zum Unterlassungsproblem», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 59, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1940, pp. 159 y ss.; HALL, Karl Alfred, «Über die Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung», *Erinnerungsgabe für Max Grünhut*, N. G. Elwert, Hamburg, 1965, p. 228; y MEYER-BAHLBURG, Hartwig, «Unterlassen durch Begehen», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, R. V. Decker, Heidelberg, 1968, pp. 49 y s.

Otros autores en algún momento de su obra se apoyan en el criterio del sentido social para determinar la relevancia jurídico-penal de la conducta. Entre otros: NAGLER, Johannes, «Die Problematik der Begehung durch Unterlassung», *Der Gerichtssaal*, Bd. 111, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1938, pp. 34 y s.; RANFT, Otfried, «Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht», *Juristische Schulung*, C. H. Beck, München-Frankfurt, 1963, pp. 340 y ss.; GEILEN, Gerd, «Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme», *Juristenzeitung*, 1968, p. 151; y WESSELS, Johannes, «Strafrecht. Allgemeiner Teil», 2. Aufl., C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 116 y s.

Quizá es la consecuencia lógica de su falta de trascendencia en la literatura española⁴¹.

2.2. *El principio «in dubio pro commissione»*

La idea que late detrás de este tipo de planteamientos es la de que ante un concreto supuesto de hecho, si se plantean dudas sobre la naturaleza activa u omisiva del comportamiento, debe prevalecer el carácter activo del mismo⁴².

Pues bien, a pesar de ser innegable la posibilidad de que en alguna sentencia se actúe de hecho según las pautas de este criterio, el análisis de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo no ha permitido encontrar manifestación expresa alguna a favor de una supuesta prevalencia del carácter activo del comportamiento en caso de duda.

2.3. *Las teorías del punto central de la conducta del autor*

Bajo esta denominación voy a incluir una serie de propuestas que parten de la que ya en 1930 hizo Franz EXNER al tomar a la dirección del reproche penal como elemento decisivo en la determinación del carácter activo u omisivo del comportamiento⁴³. Este dato no es óbice para que la tónica dominante sea toparse con citas en las que es Edmund MEZGER quien se lleva el mérito de ser el auténtico fundador

⁴¹ Ya en referencia a la jurisprudencia alemana, tampoco parece que el alto tribunal alemán haya sentido una especial inclinación en favor de esta orientación. Tan sólo es posible encontrar referencias a una concreta sentencia en la que se adoptaría expresamente el planteamiento de Eberhard SCHMIDT. Se trata de la sentencia del BGH recogida en NJW 1953, p. 1924.

⁴² Entre sus defensores podemos destacar a: SCHRÖDER, Horst, «Adolf Schönke / Horst Schröder Strafgesetzbuch Kommentar», 9. Aufl., C. H. Beck, München-Berlin, 1959, Vorbem. V, Anm. 3; STREE, Walter, «Adolf Schönke / Horst Schröder Strafgesetzbuch Kommentar», 18. Aufl., 1976, hasta 22. Aufl., 1985, Vorbem. §§ 13 y ss., Rdn. 158; SPENDEL, Günter, FS-Eb. SCHMIDT, ob. cit. n. 16, p. 194; KAUFMANN, Arthur, «Die Bedeutung Hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht», Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1961, p. 212; DASSEL, Karin von, «Die Anwendung der für die unechten Unterlassungsdelikte entwickelten Kausalitätsformel auf Fälle positiven tuns», Berliner Dissertation, 1961, pp. 23 y s.; y HAFT, Fritjof, «Die Unterlassungsdelikte –ein Lernprogramm–», *Juristische Arbeitsblätter*, 1982, p. 474.

⁴³ Véase EXNER, Franz, «Fahrlässiges Zusammenwirken», Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, p. 586.

de esta corriente⁴⁴. Considera MEZGER que en los supuestos en que no es clara la naturaleza del comportamiento jurídico-penalmente relevante, se hace necesario atender a la dirección del reproche penal⁴⁵, que él mismo describe más adelante como dirección de la valoración (jurídica)⁴⁶. Recurriendo a la que se ha convertido en la formulación estrella de su postura: en los supuestos problemáticos deberemos tomar en consideración aquel comportamiento «...hacia el que se dirija el reproche jurídico...»⁴⁷.

Esta corriente ha sido considerada como la dominante en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas, sin embargo, muy distinta es la situación si nos acercamos al caso español. De nuevo el silencio reina en las sentencias de nuestro Alto Tribunal, donde —en lo que alcanzo a ver—, no existe mención alguna a planteamientos de este tipo. Se sigue pues la tónica que se daba con otros criterios de carácter normativo.

2.4. *El criterio de la energía en su vertiente normativa*

Para acabar con el estudio de los criterios normativos acudimos de nuevo al pensamiento de la energía, pero en este caso en referencia a las últimas precisiones que hizo ENGISCH sobre el tema. En ellas se asume una clara interpretación normativa del concepto central de su propuesta. Y es que el desarrollo continuado de su criterio le lleva a admitir que el término «energía» no debe ser en ningún caso interpretado naturalísticamente: además de sus manifestaciones externas, también puede consistir en la concurrencia de una prestación o de un esfuerzo internos que no tienen por qué suponer actividad interna alguna, sino que deben ser definidos como «prestación» o «esfuerzo». De hecho, para explicar la plasmación práctica del modelo, concede un papel

⁴⁴ Véase, por ejemplo, ROXIN, Claus, «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 74, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1962, pp. 413 y s.

⁴⁵ Véase: MEZGER, Edmund, «Strafrecht. Ein Lehrbuch», 2. Aufl., Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1933, Vorwort p. VII; y 3. Aufl., Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1949, Vorwort p. XIX; el mismo, «Tratado de Derecho penal. Traducción de la 2.ª edición alemana (1933) y notas de Derecho español, por José Arturo Rodríguez Muñoz», Tomo I, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, p. 12; y el mismo, «Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss», 2. Aufl., Junker und Dünnhaupt, Berlin, 1941, p. 49; y 3. Aufl., Junker und Dünnhaupt, Berlin, 1943, p. 52.

⁴⁶ Véase MEZGER, Edmund, «Grundriss...», ob. cit. n. anterior, 2. Aufl., p. 49; y 3. Aufl., p. 52.

⁴⁷ Véase MEZGER, Edmund, «Anmerkung zu BGH 4 StR 354/ 57 (OLG Hamm)», *Juristenzeitung*, 1958, p. 281.

decisivo a cuál sea la percepción que el sujeto pasivo tenga del comportamiento. Desde la perspectiva del tercero afectado y partiendo siempre de una visión de conjunto, la acción debe aparecer como un «hacerle algo» mientras que la omisión será experimentada como un «dejarle en paz». La «valoración» que el receptor del comportamiento haga del mismo se convierte en elemento esencial de la interpretación, elemento a todas luces incompatible con una perspectiva externa⁴⁸. Ello le permite llegar a afirmar que un mismo comportamiento tiene carácter activo u omisivo según quién sea su autor⁴⁹.

Con respecto a la adopción de este planteamiento por parte de la jurisprudencia española, hemos de remitirnos a lo que ya quedó dicho cuando describíamos la cara externa del criterio de ENGISCH⁵⁰. En aquel lugar destacábamos tan sólo dos sentencias que se aproximaban a la idea de la energía.

— Pues bien, en la primera de ellas, la STS de 12 de junio de 1992 (A. 5203 / D. 6255) —ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER—, origen de este comentario, no se aprecia ningún dato que nos permita interpretar que se adopta una visión valorativa del concepto de energía. Todo apunta en la dirección contraria ya que se precisa que la energía debe «impulsar el proceso causal» con lo que parece que se le concede un sentido mecánico.

— En cuanto a la otra sentencia citada, la STS de 21 de diciembre de 1977 (A. 4971) —ponente José HIJAS PALACIOS—, afirmaba que frente a los casos de comportamiento activo, en los supuestos de omisión no existe «...*fuera motriz* que provoque el resultado...». En aquel momento la rechazamos como exponente de la vertiente naturalista de la teoría de la energía. Pues bien, en el caso de la vertiente normativa del criterio de la energía, el rechazo a la hipótesis de que en dicha sentencia nuestro Tribunal Supremo se une al ENGISCH de los últimos tiempos, resulta si cabe aún más elemental. El adjetivo «motriz», no sólo posee una inevitable carga externa que obstaculiza con rotundidad la toma en consideración de hipotéticos supuestos de aplicación de energía hacia el interior

⁴⁸ Sobre toda esta cuestión véanse: ENGISCH, Karl, FS-GALLAS, ob. cit. n. 26, pp. 163 y ss.; y el mismo, FS-DREHER, ob. cit. n. 26, pp. 324 y ss.

⁴⁹ Planteamiento que tiene importantes consecuencias en supuestos como el del «aparato reanimador», en el que, según ENGISCH, dependiendo del papel y concretas intenciones de quien desconecta el artefacto, el comportamiento puede ser descrito como activo o como omisivo; véase ENGISCH, Karl, FS-DREHER, ob. cit. n. 26, pp. 326 y ss.

⁵⁰ Véase, más arriba, el apartado 1.2, pp. 339 y ss.

—característicos del pensamiento de ENGISCH—, sino que difícilmente podría ser objeto de interpretaciones que no sean meramente físicas y, por tanto, ajenas al espíritu del criterio analizado. Además, supondría un viaje de vuelta a la idea del movimiento corporal, idea que tan atrás había quedado para los autores que acabamos de estudiar.

En resumidas cuentas, podemos afirmar que una vez más la jurisprudencia española no se hace eco de la existencia de un concreto criterio de distinción.

2.5. *Análisis crítico de los planteamientos normativos de la distinción*

Pese a que, como hemos tenido ocasión de comprobar, no existe sentencia alguna de nuestro Tribunal Supremo que pretenda caracterizar a acción y omisión desde una perspectiva valorativa, se hace imprescindible analizar someramente la utilidad de las propuestas que acabamos de estudiar en el marco de la caracterización del comportamiento humano.

El primer aspecto que llama la atención es el de que es precisamente en el ámbito de estas teorías normativas donde se manifiestan en toda su profundidad las dificultades derivadas de la existencia de dos planos diferenciados en el campo de la caracterización de acción y omisión. Nos referimos por un lado a la problemática de la caracterización de acción y omisión como tales comportamientos, la denominada «auténtica cuestión de la delimitación» que constituye el centro de este estudio, y por otro, a la de la existencia de casos en los que, establecida la concurrencia de conductas tanto activas como pasivas, los esfuerzos se centran en determinar cuál de ellos es el jurídico-penalmente relevante, supuestos que se han venido a denominar «comportamientos ambivalentes».

Pues bien, la especial estructura de las construcciones normativas hace que las teóricas pretensiones de sus autores puedan discurrir en tres niveles: desde la intención de aportar soluciones a la «auténtica cuestión de la delimitación», a la de dar pautas para la resolución de los casos de «comportamientos ambivalentes», pasando por planteamientos con vocación omnicompreensiva. La determinación de este aspecto debe constituir el punto de partida de cualquier estudio serio⁵¹.

⁵¹ Sobre esta cuestión véase LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, «Comportamiento omisivo...», ob cit. n. 4, pp. 69 y ss.

En este punto y sin perjuicio de que algún concreto autor pudiera pretender lo contrario, es posible afirmar que tanto el principio *in dubio pro commissione* como los criterios del punto central de la conducta del autor transitan la órbita de los «comportamientos ambivalentes» con lo que difícilmente podemos encontrar en ellos solución válida a la cuestión de la caracterización de acción y omisión.

A partir de aquí, el resultado de un análisis exhaustivo del resto de planteamientos normativos no difiere del que ofrecían las propuestas naturalistas. Ninguna de las nuevas construcciones se manifiesta como plenamente convincente. Las razones, sin embargo, se alejan de las que he apuntado para el primero de los grupos.

2.5.1. El primer dato que conduce a tal rechazo hace referencia al carácter extremadamente impreciso de estos planteamientos. Si bien los distintos conceptos que les sirven de base pretenden ofrecer apoyos sólidos, en realidad ninguno los aporta. En ninguno de los criterios expuestos existen líneas directrices que permitan otorgar un mínimo de seguridad a la hora de caracterizar un comportamiento como acción u omisión. De hecho, no son infrecuentes los casos en que dos autores que en principio se unen a un mismo tipo de planteamiento llegan a conclusiones opuestas cuando analizan un único supuesto, esto llega a ocurrir incluso en el pensamiento de un mismo autor⁵².

2.5.2. Tal intolerable maleabilidad lleva, por otra parte, a que sea extremo el riesgo de que, amparándose en este tipo de construcciones, lo que realmente se pretenda sea justificar decisiones previas sobre la necesidad y la medida de la pena. Esto es, que se lleve a cabo el análisis jurídico-penal comenzando por su último eslabón, partiendo de lo que, en un principio, no es más que una intuición de lo que es justo.

De los anteriores datos es posible concluir que el principal problema de las teorías normativas de la caracterización de hacer y omitir se encuentra en que la interpretación jurídica de la realidad humana no puede prescindir de los datos de la misma para configurarla a su voluntad, habrá de partir precisamente de caracteres previos de la estructura de los hechos. Todo criterio que desconozca la esencia de la acción y la omisión como fenómenos previos a la valoración jurídica estará sometido al riesgo de incurrir en insalvables arbitrariedades. Con otras palabras, no resulta correcto que un planteamiento de carácter exclu-

⁵² Véase, más arriba, la n. 49.

sivamente normativo sea el que decida si un comportamiento tiene carácter activo u omisivo.

En cualquier caso, del análisis de estas teorías valorativas y de su confrontación con los planteamientos naturalistas, es posible extraer una importante conclusión: si bien no es factible llevar a cabo una caracterización que prescinda de la esencia de acción y omisión con anterioridad a la valoración que merezcan, resulta insoslayable que en el análisis del comportamiento humano tengamos en cuenta las concretas necesidades que plantea el marco jurídico en el que trabajamos. No es posible caracterizar de un modo satisfactorio a las distintas manifestaciones del comportamiento humano desde una perspectiva unívoca.

3. El pensamiento de la causalidad

Rechazadas todas las teorías analizadas hasta el momento, el último de los criterios que vamos a analizar hace referencia al carácter causal o no causal de la conducta como eje de la distinción entre acción y omisión. Es éste el planteamiento que expresamente acoge la sentencia de la que parte este trabajo. Por lo que atañe a la doctrina, son muy numerosos los autores que acuden a esta idea, bien como núcleo, bien como complemento de su peculiar caracterización de las distintas formas de comportamiento humano. Mientras que la acción es causal, la omisión, como expresa el principio *ex nihilo nihil fit*, es la nada causal⁵³.

⁵³ Salvando las distancias que existen entre unos y otros, y obviando en este momento la influencia del pensamiento de la causalidad en los planteamientos de autores que ya hemos recogido en otros grupos, podemos incluir en la órbita de las teorías que encuentran su fundamento en la relación sujeto-comportamiento-mundo exterior a los siguientes penalistas: KAUFMANN, Armin, «Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte», Otto Schwarz & Co., Göttingen, 1959 (reimpresión en la misma editorial, 1988), pp. 27 y s., 47 (n. 98), 57 y ss., 291, 294 y 314; el mismo, «Unterlassung und Vorsatz», Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1963, pp. 219 y s.; KAUFMANN, Arthur, FS-Eb. SCHMIDT, ob. cit. n. 42, pp. 212 y ss.; WELZEL, Hans, «Das Deutsche Strafrecht», 11. Aufl., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, pp. 43, 201 y 204 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «Delitos improprios de omisión», Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 76 y ss.; SAMSON, Erich, «Begehung und Unterlassung», Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974, pp. 584 y ss.; BOCKELMANN, Paul, «Strafrecht. Allgemeiner Teil», 3. Aufl., C. H. Beck, München, 1979, p. 150; BOCKELMANN, Paul / VOLK, Klaus, «Strafrecht. Allgemeiner Teil», 4. Aufl., C. H. Beck, München, 1987, pp. 147 y s.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «El delito de omisión. Concepto y sistema», Bosch, Barcelona, 1986, pp. 193, 200 y 235; el mismo, «“Comisión” y “omisión”. Criterios de distinción», en «La Comisión por omisión», *Cuadernos de Derecho Judicial*,

Vamos a analizar el reflejo de estas ideas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, antes puede resultar conveniente reconsiderar las conclusiones que hemos ido extrayendo en las páginas precedentes. Una idea se hace omnipresente por lo que atañe al estudio de la jurisprudencia española en el campo de la distinción de acción y omisión: las referencias a los criterios analizados hasta este momento han sido, para empezar, muy escasas y, en segundo término, en los casos en que se han producido, no siempre eran el fruto de un análisis detenido de la estructura del hacer y el omitir, sino más bien apoyos circunstanciales, pasajeros, en la fundamentación de una concreta decisión. Estaban fuertemente imbuidas de las particulares necesidades de los supuestos en que se aplicaban y, con tales condicionantes, no debe sorprender que tan apenas hayan tenido continuidad, produciendo algo que podamos calificar como línea jurisprudencial. Podríamos pues tachar la postura de nuestro Tribunal Supremo en este campo de errática.

No obstante, avanzar en nuestro análisis e introducirnos en el pensamiento de la causalidad como eje de la distinción en las decisiones del Alto Tribunal, supone un importante cambio con respecto a la anterior impresión. Frente a la sequía de ideas que presidía lo hasta aquí visto, las referencias a la causalidad en la caracterización del comportamiento humano suponen, al menos desde el punto de vista cuantitativo, un importante salto adelante, un auténtico vuelco.

Pero las cosas no se plantean de un modo sencillo, dentro de las muy numerosas decisiones que acuden en mayor o menor medida a la idea de la causalidad, nos encontramos inmediatamente con varias corrientes que suponen distintos puntos de vista, con demasiada frecuencia

XXIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 14 y n. 3 a esa misma p.; HUERTA TOCILDO, Susana, «Problemas fundamentales de los delitos de omisión», Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pp. 21, 39 y ss., 43 y ss., 53, 90 y ss., 271 y 288; JAKOBS, Günther, «Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre», 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991, 28. Abschn. I, pp. 775 y ss.; y el mismo, «Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación», traducción de la 2.^a ed. alemana de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, apdo. 28 I, pp. 940 y ss.; STOFFERS, Kristian F., «Die formel »Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit« bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?», Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften, Bd. 4, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 106 y ss.; el mismo, «Die vorrechtlich-ontologische Unterscheidung der Verhaltensformen positives Tun und Unterlassen», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, R. v. Decker, Heidelberg, 1993, pp. 263 y ss.; CEREZO MIR, José, «Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)», UNED, Madrid, 1997, p. 164; el mismo, «Curso de Derecho penal español. Parte General III. Teoría jurídica del delito / 2», Tecnos, Madrid, 2001, p. 253; y STRATENWERTH, Günter, «Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat», 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000, § 6, Rdn. 17, pp. 79 y s.

contradictorios. Todo ello impide que, a pesar de la claridad con que se manifestaba la sentencia de 12 de junio de 1992, cuaje una determinada perspectiva frente a otras. Vamos a ver todo ello con detenimiento, pero antes he de advertir que tanto el concreto tratamiento que se hace del problema, como la consiguiente incardinación en uno u otro grupo de referencia, los hemos de entender con independencia de la calificación que merezca el comportamiento jurídico-penalmente relevante y de la valoración sobre la corrección o incorrección de la misma. Se trata simplemente de comprobar qué visión de las relaciones entre el sujeto, su comportamiento y el mundo exterior, ámbito donde se desarrolla la labor del Derecho penal, subyace a cada una de las sentencias que hemos seleccionado.

3.1. *Reconocimiento de causalidad en la conducta omisiva*

En una primera dirección, se repiten las sentencias en las que nuestro Tribunal Supremo afirma sin más que la omisión es causa del resultado. No hay que ir muy lejos para descubrir que se encuadran en este grupo las más antiguas tomas de postura sobre el tema; pero es un planteamiento que, lejos de haber sido abandonado, encuentra ejemplos incluso en la jurisprudencia más reciente. Fundamentalmente se trata de resoluciones que abordan el tema de un modo superficial; pero también en este punto hay que evitar dejarse llevar por la primera impresión: es posible encontrar referencias más complejas a algún tipo de aporte causal de la omisión. Por último, existe alguna decisión en la que la equiparación causal de hacer y omitir se produce desde un enfoque valorativo de la causalidad.

En definitiva, la idea rectora, sin ulterior precisión, es la de que resulta posible establecer un vínculo de carácter causal entre la conducta omisiva y el resultado externo efectivamente producido, desconociendo o enfrentándose directamente al principio *ex nihilo nihil fit*. Siguiendo esta corriente, se contempla a la omisión como causa del resultado en sentencias como las siguientes⁵⁴:

⁵⁴ Sobre jurisprudencia anterior a la recogida en el texto véase HUERTA FERRER, Antonio, «La relación de causalidad en la teoría del delito», Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Gráficas González, Madrid, 1948, p. 367. También Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO recoge algunas sentencias anteriores, fundamentalmente del siglo XIX, en las que también se admite la causalidad de la conducta omisiva; véase RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «La omisión de socorro en el Código penal», Tecnos, Madrid, 1966, pp. 62 y s.

— STS de 5 de julio de 1948 (A. 1058) —ponente: DE LA ROSA—: se trata del clásico supuesto del guardabarreras que no echa las cadenas de un paso a nivel ante la inminente llegada de un convoy; como resultado, dos muertes e importantes daños materiales. Tras afirmar que «...el suceso se produjo *a causa de* no estar echadas las cadenas...», se hace derivar la responsabilidad de la «...*relación de causa a efecto* entre su notorio descuido [de la encargada del paso a nivel] y el mal que, por su negligencia, originó...».

— STS de 7 de octubre de 1953 (A. 2593) —ponente: Elpidio LOZANO ESCALONA—: uno de los procesados almacenaba en la planta baja de un inmueble gran cantidad de películas de celuloide sin adoptar medida precautoria de ninguna clase, lo que acaba por provocar un incendio en el que fallecen veintidós personas, once resultan heridas y se producen daños valorados en cerca de medio millón de pesetas; el recurrente es el administrador de la finca, que había sido advertido en numerosas ocasiones por los vecinos del extremo peligro sin que llegara a tomar medida alguna. En el fallo son frecuentes las referencias a la virtualidad causal del comportamiento omisivo, así, podemos destacar las siguientes: «...entre la omisión voluntaria... y el daño producido... se da el *nexo causal* de una manera suficientemente directa, inmediata y completa...»; o «...esta omisión... pasa a integrar una infracción punible, por ser *elemento causal* de un mal efectivo...»⁵⁵.

— STS de 20 de mayo de 1961 (A. 1779) —ponente: Antonio CODESIDO SILVA—: un obrero de la construcción fallece electrocutado al entrar en contacto con una línea de alta tensión la barra metálica que empleaba en sus labores de encofrado; el empresario no le había advertido del riesgo que corría, ni le había suministrado herramientas que no supusieran el peligro señalado. El tenor del fallo señala que «...la causa originaria del accidente... ha dimanado de no haber observado el procesado... las preven-

⁵⁵ En esta sentencia aparece ya una referencia a la pretendida virtualidad causal de la acción omitida, elemento fundamental en las fórmulas de la «causalidad hipotética» y que nosotros trataremos en el siguiente punto. No obstante, se hace con gran timidez y atemperando en gran medida la importancia de tal requisito, que fue alegado por el recurrente en su defensa. Así, se señala lo siguiente: «...sin que no habiendo adoptado dicho procesado ninguna medida..., pueda ahora, querer quedar liberado de responsabilidad, alegando que él no lo hubiese podido evitar, cuando se empieza por desconocer, si como gestiones no hubieran sido eficaces de haberlas realizado, pues, de ser así, el requisito de la previsibilidad se burlaría fácilmente con aducir siempre una supuesta inevitabilidad del daño producido...».

ciones más elementales...», «...esta omisión... *acarreo*⁵⁶ un mal a un productor a sus órdenes...».

— STS de 8 de noviembre de 1961 (A. 3812) —ponente: Federico CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA—: en esta compleja decisión, el Supremo trata hasta tres supuestos delictivos distintos. A nosotros nos interesan fundamentalmente dos.

En el primero, el recurrente es castigado por un delito de auxilio al suicidio, la víctima fue su segunda esposa. La calificación de los hechos se fundamenta en tres circunstancias: las manifestaciones al médico que atendía a la suicida en el sentido de que la cantidad de ácido clorhídrico ingerido por la misma no era importante, lo cual era falso; no haber hecho nada por ingresarla y no haber continuado con el tratamiento indicado; y, por último, tardar cuatro horas en avisar de nuevo al facultativo. Pues bien, el ponente entiende que «...no existe acto eficaz del reo para *causar* la muerte, sea de carácter positivo o negativo...»⁵⁷, con lo

⁵⁶ Según el Diccionario de la Real Academia Española «acarrear», dicho de daños o desgracias, significa «ocasionar, producir, traer consigo»; véase «Diccionario de la Lengua Española», tomo I, 21.^a ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1992, p. 19.

⁵⁷ Desde luego, resulta más que dudoso que la calificación correcta de los hechos no fuera más bien la de parricidio doloso, tal y como postulaba el Ministerio Fiscal. Máxime si tenemos en cuenta que la propia sentencia establece que «...Al calmarse algo... la enferma hablaba pidiendo la llevaran a un sanatorio...». A partir de este momento resulta difícil calificar la conducta del procesado de auxilio al suicidio. No obstante, el ponente mantiene tal interpretación señalando que «...aún (sic) habiendo desistido el matador de sí mismo de su resolución de privarse de la vida, como los actos iniciales continúan produciendo su efecto nocivo, la falta al deber de socorro en estas circunstancias se convierte, por la facilitación dolosa dada a los propósitos primitivos de la suicida, en el delito apreciado por la Audiencia [auxilio al suicidio]...». De este modo se está desconociendo cualquier valoración que puedan merecer por sí mismos y más allá de la calificación de omisión de socorro, los actos posteriores al abandono de la intención de morir por parte de la finada.

Entrando en la toma en consideración de los últimos hechos señalados, la primera cuestión es la del carácter activo u omisivo del comportamiento relevante. En mi opinión, si analizamos el tenor de la sentencia, todo apunta a que debe calificarse de omisivo. En efecto, la actuación positiva del recurrente, que consiste en hacer una serie de declaraciones alejadas de la realidad con el fin de conseguir que no se le prestase la ayuda necesaria a la suicida, se produce con anterioridad a la manifestación de ésta en el sentido de querer ser ingresada. A partir de este momento el procesado se limita a no seguir con el tratamiento indicado por el médico —suministro de agua alcalina—, ni trasladarla a centro alguno, no llamando de nuevo al facultativo «...hasta que la paciente entró en un claro trance de muerte...». Eso sí, los especiales vínculos que a través de su propio comportamiento se establecen entre el omitente y la salvaguarda de la vida de la víctima apuntan, como ya hemos señalado, a la calificación de parricidio doloso en comisión por omisión.

que indirectamente se está afirmando la virtualidad causal del omitir.

Por lo que respecta al segundo delito de nuestro interés, se trata de una omisión del deber de socorro, cuya víctima es en este caso la primera esposa del encausado. La misma, tras una discusión con el procesado, permaneció en estado de letargo provocado por una crisis nerviosa durante tres días, al cabo de los cuales aquél avisó a un médico que ya no pudo hacer nada por la mujer, que falleció hora y media después de la llegada del galeño. En este supuesto, en opinión del Alto Tribunal y siguiendo la pauta anteriormente dada, «...no existe acto imprudente positivo o negativo que constituya *causa directa, eficiente y próxima* de la muerte...».

— STS de 5 de mayo de 1962 (A. 1917) —ponente: Ángel Díez DE LA LASTRA FRANCO—: el ocupante del asiento trasero de una motocicleta fallece, el conductor de una segunda motocicleta sufre lesiones y se producen daños materiales tasados en cuatro mil pesetas, en sendos choques contra una valla que fue colocada con motivo de unas obras de cubrimiento de una zanja y que no estaba convenientemente iluminada por la noche. Entiende el Tribunal sentenciador que «...existe una omisión voluntaria... un mal efectivo y concreto y *relación de causa a efecto*...».

— STS de 19 de octubre de 1962 (A. 3951) —ponente: Jesús GARCÍA OBESO—: muy similar a la anterior. Se producen ciertas lesiones y daños, de las que se hace responsable al procesado, que ordenó colocar un montón de arena en la calzada con un único farol indicador de peligro, que sólo podía ser visto desde uno de los sentidos de marcha, «...al ser esta omisión la *causa* del choque sobrevenido...».

— STS de 30 de noviembre de 1962 (A. 4430) —ponente: Ángel Díez DE LA LASTRA FRANCO—: de nuevo se producen unas lesiones por no haberse señalizado convenientemente unas obras. Según el tenor de la resolución, el procesado era «...el encargado de vigilar y establecer los medios de seguridad... extremo que la noche referida omitió...»; pues bien, «...por ella [por la falta de cautela, no iluminar la zanja] *se produjo* un daño...», concurriendo «...*relación de causa a efecto*... entre ella [conducta del procesado] y el daño sufrido...».

— STS de 12 de febrero de 1964 (A. 763) —ponente: Alejandro GARCÍA GÓMEZ—: el conductor de una «Vespa» fallece al pasar

sobre el profundo bache que se había originado como consecuencia del deficiente relleno de una zanja. El recurrente es el contratista de las obras. El Tribunal Supremo finalmente lo condena como «...*autor por omisión* del delito de imprudencia...», «...la *relación de causalidad* entre el comportamiento [no rellenar ni señalar convenientemente una zanja]... y el mal causado, por haber omitido aquél las precauciones a que estaba obligado, es tan clara como manifiesta...».

— STS de 24 de febrero de 1964 (A. 868) —ponente: Antonio QUINTANO RIPOLLÉS—: la construcción de un edificio se desarrollaba bajo las órdenes directas del propietario de la obra, quien, sin tener en cuenta las opiniones del arquitecto y los aparejadores e incluso contradiciéndolas abiertamente, impidió la realización de trabajos fundamentales y aportó materiales defectuosos e inadecuados. Todo ello acabó por originar el hundimiento de la edificación, provocando la muerte del oficial de albañil y lesiones a otros dos peones. Con respecto a la actuación del dueño de la construcción, se la califica de «...conjunto de elementos de acción y omisión que... originaron el hundimiento, en la más indubitada *relación de causa a efecto*...», con lo que de alguna manera se concede virtualidad causal a la omisión. Sin embargo, este posicionamiento aparece con mayor claridad cuando el Tribunal se pronuncia sobre el recurso de los aparejadores, pues estima que «...cooperaron omisiva pero efectivamente al *proceso causal*...», tal cooperación omisiva se fundamenta en que «...no dirigieron la confección de las masas...». Su conducta fue calificada finalmente como imprudencia simple antirreglamentaria⁵⁸.

— STS de 10 de febrero de 1968 (A. 841) —ponente: Jesús SÁEZ JIMÉNEZ—: no se señalizan correctamente unas obras, por lo que se produce un accidente que acarrea una serie de lesiones. El recurrente, si bien había dado instrucciones para la realización de las obras, no lo había hecho para su señalización. En opinión del

⁵⁸ De nuevo nos encontramos con algunas afirmaciones que, yendo más allá de la mera declaración de causalidad en la omisión, nos acercan a la fórmula de la «causalidad hipotética». Sin embargo, no adquieren la fuerza que caracteriza a asunciones posteriores y conscientes de este modelo. En efecto, retomando el concreto caso de los aparejadores, la sentencia establece que «...cooperaron omisiva pero efectivamente en el proceso causal...», por cuanto que si hubiere mediado por su parte la debida diligencia, singularmente la de inspección de materiales y mezclas..., se hubieran impedido o *dificultado* las subrepticias actividades del propietario y oficial albañil...» —cursiva añadida por el autor—.

magistrado ponente «...en esta notoria omisión culposa está perfectamente iniciada y después configurada, la *relación causal* entre lo omitido y las dañosas consecuencias producidas...», relación que califica de «...nexo causal, claro y preciso...».

— STS de 24 de abril de 1969 (A. 2335) —ponente: Jesús SÁEZ JIMÉNEZ—: la pared de un edificio se derrumba sobre una nave industrial colindante. Dos trabajadores resultan lesionados y los daños materiales ascienden a 44.028 pesetas. El Tribunal Supremo afirma terminantemente «...la causalidad del hecho de autos, resultante del negligente descuido en la conservación de la pared y de no vigilar las ostensibles señales de su mal estado...». «...Fueron estas culposas omisiones... las productoras, en perfecta *correlación de causa a efecto*, de las dañosas consecuencias producidas...».

— STS de 3 de junio de 1969 (A. 3160) (que ya tuvimos ocasión de citar entre las que optan por el criterio del movimiento corporal)⁵⁹ —ponente: Ángel ESCUDERO DEL CORRAL—: el Alto Tribunal se ocupa de un caso de infanticidio. En primer lugar, se cuestiona la posibilidad de realización omisiva de tal delito, llegando a la conclusión de que «...resulta posible la comisión por omisión *desencadenante del proceso causal* ideal y *materialmente* que conduce al resultado...». Circunscribiéndose al caso concreto, la sentencia analiza la conducta de la madre, entendiendo que «...adecuada es esa pasividad o quietud, para entender que *causalmente* tenía que generar forzosamente la muerte...», esto le lleva a afirmar la «...indudable *relación causal entre la abstención y el resultado*...».

— STS de 15 de enero de 1974 (A. 208) —ponente: Jesús SÁEZ JIMÉNEZ—: tras una operación subsiguiente a un parto provocado, el cirujano obstétrico ordena colocar un goteo «omoce» a la enferma; pese a que las enfermeras le manifiestan insistentemente las dificultades que tienen para hacerlo, él no lo intenta por sí mismo, ni toma medida alguna hasta que ya es demasiado tarde; la enferma fallece. En opinión del tribunal enjuiciador: «...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...».

⁵⁹ Véase, más arriba, el apartado 1.1, pp. 336 y s.

— STS de 2 de marzo de 1977 (A. 885) —ponente: Bernardo Francisco CASTRO PÉREZ—: resultados de muerte, lesiones y daños en un accidente que se produce al invadir un vehículo la vía del tren; el recurrente, guardabarreras del paso a nivel, no había cerrado la barrera ante la inminente llegada del convoy. Según el tenor literal del fallo, «...[hay que estimar] la conducta gravemente omisiva... como *única y total causa* del accidente sobrevenido...».

— STS de 15 de noviembre de 1977 (A. 4336) —ponente: Fernando DÍAZ PALOS—: la sentencia de la Audiencia condenó a los procesados entre otros delitos por infanticidio. El Tribunal Supremo, se plantea en primer lugar la diferenciación entre este tipo delictivo y el delito de abandono de niños por causa de honor y con muerte sobrevenida; es en este marco donde se afirma que «...la acción propia del infanticidio, en sus dos modalidades activa y pasiva, es *directamente* mortífera...». Tras esta primera indicación, a la hora de valorar los hechos probados, se destaca la existencia de una «...*relación causal* entre las omisiones sucesivas de los tres procesados... y la muerte del feto...».

— STS de 21 de diciembre de 1977 (A. 4971) (ya citada con anterioridad entre las que giran en la esfera de los criterios del movimiento corporal y de la energía)⁶⁰ —ponente: José HIJAS PALACIOS—: una menor resulta herida al ser atropellada imprudentemente por el procesado; éste la oculta en un cobertizo, impidiendo que se le preste la atención de que sus lesiones se hacían acreedoras; el desenlace fatal se produce después de unos días. Con intención generalizadora, en la sentencia se señala que «...el concepto de omisión a los efectos penales podría sintetizarse 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...» y, en el mismo sentido, se recalca que «...entre la conducta omisiva... y la mutación del mundo exterior, ha de existir un ligamen o *relación de causa a 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...».

— STS de 15 de octubre de 1987 (A. 7379) —ponente: Luis VIVAS MARZAL—: el Director Gerente y el Administrador de un

⁶⁰ Véanse al respecto, más arriba, los apartados 1.1, 1.2 y 2.4, pp. 337 y s., 341 y ss. y 349 y s., respectivamente.

Hospital de la Cruz Roja habían sido absueltos por la Sala sentenciadora en instancia, el Tribunal Supremo no admite el recurso de casación de la acusación particular ya que en la narración histórica de la sentencia de instancia se negaba paladinamente «...la *relación de causalidad* entre su comportamiento omisivo y el fallecimiento del interfecto...». Para fundamentar su decisión, el Alto Tribunal afirma en un plano general que en los delitos imprudentes por omisión, ésta «...ha de haber producido un resultado lesivo o dañoso, teniendo necesariamente, que mediar una *relación de causalidad o nexa causal* entre la omisión y el resultado, de tal forma que sea aquélla la *generante o determinante* de éste...».

— STS de 17 de mayo de 1988 (A. 3674) —ponente: José Hermenegildo MOYNA MÉNGUEZ—: un menor muere como consecuencia del ataque de unos perros que habían escapado de una finca; la valla estaba rota. Los recurrentes son la propietaria y el encargado de atender a los animales. Pues bien, por lo que a nosotros nos interesa en este punto, el ponente se limita a hablar de «...la inexistencia de las precauciones que impone una elemental prudencia... en que reside el *poterío causal* del suceso...».

— STS de 28 de marzo de 1989 (A. 2746) —ponente: Luis Román PUERTA LUIS—: en un caso de infanticidio, refiriéndose a la sentencia de la Audiencia, señala el ponente que: «...El Tribunal sentenciador afirma que la causa de la muerte del niño recién nacido fue múltiple: falta de ligadura del cordón umbilical, frío ambiental y las pequeñas lesiones de características vitales; pero que la *causa verdaderamente esencial* de su muerte fue «la *omisión* de los debidos cuidados»...»⁶¹.

— STS de 23 de diciembre de 1989 (D. 11701) —ponente: Enrique RUIZ VADILLO—: una pared se desploma sobre varios trabajadores de la construcción, uno fallece y otros sufren lesiones de distinta gravedad. En su discurso, el ponente señala que «...la necesaria *relación causal* entre la conducta activa u omisión, no maliciosa, y el evento, ha de ser *consecuencia natural*, próxima y adecuada de aquel comportamiento...».

⁶¹ La mención de los señalados factores causales lleva consigo ciertas imprecisiones a la hora de decidirse por un modo activo u omisivo de realización típica. Sobre esta cuestión véase, más arriba, la n. 4.

— STS de 26 de septiembre de 1990 (D. 8630) —ponente: Manuel GARCÍA MIGUEL—: un menor acude al médico con síntomas de padecer un síndrome isquémico, el facultativo no adopta las medidas que le hubieran conducido a diagnosticarlo, como consecuencia de ello se debió amputar un miembro. El Alto Tribunal considera que no se puede «...desconocer la *relación de causalidad* entre el *resultado* dañoso y la... *omisión* del deber de cuidado...».

— STS de 5 de noviembre de 1990 (D. 10013) —ponente: Fernando DÍAZ PALOS—: un recluso es apaleado por los funcionarios de la prisión en que cumplía condena. Con la intención de que los hechos no trasciendan, los médicos del centro penitenciario no ordenaron su traslado a un hospital dotado de los medios necesarios para su recuperación, sino que, confiando en la fortaleza del lesionado, lo ingresaron en la enfermería de la propia cárcel donde únicamente podían observar su evolución. Finalmente, el recluso falleció. Con respecto al tema que a nosotros nos interesa, a lo largo de la sentencia, en numerosas ocasiones, la omisión de los facultativos es tratada como «concausa» del letal resultado. Así, se afirma que: «...los médicos... con su omisión *coadyuvaron* al letal resultado...»; que el resultado fue producido por dos «...*concausas*...: el apaleamiento del recluso Agustín como causa originaria, a la que se añadió en el último tramo ejecutivo la negligencia omisión de los dos facultativos...»; que «...tal omisión, por su importancia, acarrea desde el plano causal una *condición coadyuvante* del fallecimiento...»; que «...el relato probatorio ha querido afirmar... la *concausalidad* de las conductas agresivas de los funcionarios y omisivas de los médicos... ambas conductas, de funcionarios y médicos, fueron *concausales*...»; o que «...la posible ruptura del *nexo causal* [que une resultado y comportamiento omisivo], ya por la primera intervención de los agresores, ya por la posterior del fallecido jefe de servicios Luis, no tiene lugar, por no tener la relevancia que se pretende...».

— STS de 18 de diciembre de 1990 (D. 11608) —ponente: Manuel GARCÍA MIGUEL—: el Tribunal Supremo absuelve a un médico de la falta de imprudencia que se le imputaba, al entender que su comportamiento no había sido causal de la muerte de una accidentada. El argumento central de tal conclusión lo constituye que faltaba «...un elemento esencial e integrante de lo culposo, como es la *relación de causalidad entre el resultado típico* y las acciones u *omisiones* del inculpado...», de tal modo que «...no es de apreciar omisión alguna que... haya sido causa eficiente o determinante de la producción [del resultado]...».

— STS de 7 de marzo de 1991 (D. 2502) —ponente: Enrique RUIZ VADILLO—: la esposa, la hija y el yerno del fallecido habían sido condenados en instancia como autores de un delito de omisión de socorro al no haber auxiliado a su, respectivamente, marido, padre y suegro, que murió como consecuencia de un edema de pulmón agudo, tras varios días de agonía en su domicilio. Para rechazar una pretendida responsabilidad por homicidio imprudente, tal y como entendía la acusación particular, el ponente señala que en este caso «...No está acreditado que la conducta omisiva de los acusados fuera la causante del resultado letal en el sentido de establecerse una *idónea relación de causalidad entre la omisión y el resultado*... sí consta que el fallecimiento, de haberse prestado auxilio, hubiera sido indoloro y digno...».

— STS de 15 de abril de 1991 (D. 3841) —ponente: Luis Román PUERTA LUIS—: el Supremo ha de resolver una condena por un delito continuado de usurpación de funciones y la responsabilidad civil derivada del mismo. Precisamente en torno a esta última cuestión, afirma que: «...La responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito exige como elemento estructural de la misma una *relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos*...».

— STS de 19 de septiembre de 1991 (D. 8747) —ponente: José Hermenegildo MOYNA MÉNGUEZ—: el tribunal de instancia condenó por una falta de imprudencia simple y un delito de omisión de socorro. En la parte que nos interesa, se discute la exención de la compañía aseguradora del pago de la indemnización con cargo al seguro voluntario. La Audiencia Provincial había entendido que la omisión del deber de socorro era un motivo de exclusión de tal pago según el tenor de la póliza. El Tribunal Supremo, sin embargo, considera que dicha cláusula era inefectiva por no contar con la «...aceptación específica y por escrito del asegurado...», pero también señala que en cualquier caso «...no prevalecería la exclusión porque la *omisión del deber de socorro no ha tenido influencia causal* alguna en la producción o agravación del resultado...», de lo que, a *sensu contrario* podemos deducir que se parte de la idea de una posible eficacia causal del comportamiento omisivo.

— STS de 6 de abril de 1992 (A. 2761) —ponente: Manuel GARCÍA MIGUEL—: a raíz del recurso presentado por quien fue condenado como cómplice por omisión de un delito de violación, el Supremo se detiene en su sentencia a analizar los distintos requisitos de la participación por omisión, distinguiendo entre coope-

ración necesaria (coautoría) y complicidad. Es en este marco donde se afirma que es necesario «...Un elemento objetivo constituido por la omisión que en el supuesto de coautoría debe ser *causal o conditio sine qua non* del resultado típico y que en la complicidad basta que sea *eficaz* para la producción de dicho resultado; un elemento subjetivo o voluntad dolosa de *cooperar causalmente* a la producción del resultado (coautoría) o bien de *facilitar el logro* de aquél con voluntad meramente coadyuvante (complicidad)...».

— STS de 15 de julio de 1992 (A. 6375) —ponente: Fernando DÍAZ PALOS—: los recurrentes son el arquitecto director y el arquitecto técnico o aparejador de una obra en la que falleció un operario al caer desde el sexto piso. Se condena a ambos por un delito de homicidio por imprudencia temeraria al haber omitido las necesarias medidas de seguridad, «...siendo tal omisión, la *causa* del accidente...».

— STS de 31 de marzo de 1993 (A. 2598) —ponente: José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ—: el Tribunal Supremo conoce de un caso de parricidio consecutivo a un parto. Aunque finalmente la responsabilidad de la parturienta se apoya en la estructura de la comisión por omisión, lo cierto es que, ateniéndonos estrictamente a los hechos, no parece que sea necesario. En cualquier caso y por lo que ahora nos interesa, según la sentencia: «...Existen en la conducta actos y omisiones de *claro contenido causal* en la producción de la muerte de la niña, que por su total indefensión exige cuidados y atenciones, equiparándose así la conducta activa a la omisiva en el orden causal...». En la misma línea se infiere «...un claro «*animus necandi*» que puede vializarse por la vía de la acción, con actos positivos, como el introducir a la criatura, tras envolverla en una toalla, en una bolsa de plástico metiendo, todo ello, en otra bolsa de deportes, junto con otra toalla y ropa, como con *omisiones trascendentes y causales al resultado lesivo* como la falta de ligadura del cordón umbilical y la omisión de toda clase de cuidados...». Por último, se habla de «...omisiones con *virtualidad causal* de negación de asistencia y cuidados a un ser totalmente desvalido...».

— STS de 7 de julio de 1993 (A. 6057) —ponente José Hermegildo MOYNA MÉNGUEZ—: se hace responsable a la recurrente de la muerte de un menor que falleció como consecuencia de la «...falta de oxigenación cerebral durante una intervención quirúrgica en la que participó como anestesista...». Según el funda-

mento jurídico segundo «...No puede ponerse en duda, en términos de simple causalidad material, regida por el principio de equivalencia de condiciones, que la actuación de la recurrente contribuyó o tuvo incidencia en el resultado... Si la causalidad se define, en un primer plano, por su carácter estrictamente natural y derivado de las leyes de la experiencia, y, se restringe, en un segundo momento, por la relevancia jurídico-penal según el sentido del correspondiente tipo penal... es llano que la imputación objetiva del resultado se presenta en los hechos como incuestionable al considerar que el abandono del área del quirófano —por la anestesista— de un paciente no monitorizado (sic) está en *conexión causal y directa* con la falta de oxigenación cerebral...».

— STS de 20 de octubre de 1993 (A. 7810) —ponente Manuel GARCÍA MIGUEL—: se condena a dos electricistas municipales y al encargado de los servicios municipales de mantenimiento como autores de un delito de homicidio por imprudencia temeraria. Un menor había muerto electrocutado al entrar en contacto con los cables de una farola. Según la sentencia, los comportamientos de los recurrentes consistieron en que los electricistas «...no habían procedido a la reparación de la avería... no obstante haber recibido la orden de repararla...» y en que el encargado «...no se preocupó de comprobar si [los electricistas] habían cumplido las órdenes impartidas...». Es decir, todas ellas conductas de carácter omisivo. Pues bien, el Tribunal Supremo se reafirma en la existencia del señalado delito al darse todos los requisitos necesarios: «...fundamentalmente, la producción de un resultado lesivo, la existencia de una negligencia y la *relación de causalidad* entre uno y otra de manera que ésta haya sido la *causa determinante* de que aquél se produjese...», por todo ello, se afirma que «...su *omisión merece el reproche penal* justificativo de la calificación jurídica que efectuó el Tribunal de instancia...».

— STS de 25 de marzo de 1996 (A. 2192) —ponente Roberto GARCÍA-CALVO Y MONTIEL—: el supuesto de hecho es similar al de la sentencia en que tiene su origen este comentario, el modo de alcanzar una solución muy distinto. Un matrimonio es condenado por los delitos de parricidio y maltrato habitual a uno de sus hijos. A lo largo de los antecedentes de hecho se repite insistentemente que quien golpeaba al menor, causándole lesiones y finalmente la muerte, era el padre; mientras, la madre no hacía nada para impedirlo e incluso ocultaba los hechos. Se condena al padre como autor activo de ambos delitos; mientras que su esposa es considerada autora por cooperación necesaria en comisión por omisión del delito de malos tratos habituales familiares y simple

cómplice omisiva del parricidio. Es precisamente el comportamiento de esta última en relación con ambos delitos, el que suscita el análisis de la causalidad en la omisión. Dos posturas se enfrentan, la del Ministerio Fiscal, que con respecto al parricidio la considera cooperadora necesaria, y la de la Audiencia, que la condenó como cómplice. El fundamento de la primera de las posibilidades queda situado en que «...la acusada..., con su reiterada conducta omisiva contribuyó *causal y necesariamente* a generar el contexto violento en el que tuvo lugar la muerte...»; no obstante, el Tribunal Supremo adopta la postura del tribunal de instancia en los siguientes términos: «...la Sala explica su decisión atendiendo a la *eficacia causal* de la falta de intervención... su omisión, no fue causal o «conditio sine qua non» del resultado letal..., en los Malos Tratos Físicos, en cambio... el simple alcance lesivo de los golpes abundaría en el *carácter causal de su omisión*, que en este caso equivaldría a una comisión por omisión...».

— STS de 21 de enero de 1997 (A. 461) —ponente: Roberto GARCÍA-CALVO Y MONTIEL—: en el recurso presentado por la defensa de un condenado por asesinato, se sostiene que lo que había sido calificado por la Audiencia Provincial como conducta activa, debía ser considerado comisión por omisión. El Tribunal Supremo, que rechaza esta posibilidad, lo hace con base en el siguiente argumento: «...nada se desprende del relato histórico sobre la inasistencia o falta de auxilio de la agredida *causalmente relacionados* con su muerte...», *sensu contrario*, hubiera sido necesario el establecimiento de la referida relación de causalidad para aceptar la responsabilidad por comisión por omisión del delito.

— STS de 19 de junio de 1999 (A. 5657) —ponente: Joaquín MARTÍN CANIVELL—: se trata de un delito de lesiones dolosas en concurso ideal con otro de homicidio por imprudencia en comisión por omisión. El recurrente «...sin querer causar la muerte, y sin representarse la posibilidad de que muriera, golpeó en la cabeza, brazos, piernas y tronco a su esposa, la cual... cayó al suelo sin que el acusado solicitara ayuda [durante unas veinticuatro horas]... hasta que se produjo el fallecimiento...». En el fundamento del segundo de los delitos se señala que la conducta omisiva del marido «...tiene para la causación del fallecimiento los mismos efectos que una conducta activa dirigida a causar la muerte, es decir esa conducta de omisión de actuación, a la que estaba obligado por su anterior actividad dolosa, *provoca en vía causal* el fallecimiento...»; en definitiva, «...la *causa final* del fallecimiento es atribuible a su omisión en (sic) evitar prestar asistencia a quien había lesionado...».

— STS de 17 de noviembre de 1999 (D. 45665) —ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN—: se analiza un posible delito de estafa y en concreto la caracterización del engaño omisivo. Sobre este elemento se apunta que «...puede ser apto para integrar la estafa cuando concurre el deber de declarar o informar del dato relevante omitido y la *omisión esté dirigida y sea causal* respecto de la provocación del error y el consiguiente acto de disposición...». Es decir, no sólo se reconoce la eficacia causal del comportamiento omisivo sino la posibilidad de dirigirlo a la producción de un resultado.

— STS de 28 de junio de 2000 (D. 16041) —ponente José APARICIO CALVO-RUBIO—: un preso muere como consecuencia de una reyerta en un centro penitenciario. El Tribunal Supremo se ocupa de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, llegando a la conclusión de que «...si los controles de seguridad no detectaron el arma con la que un interno mató a otro, los encargados de realizarlos incurrieron en una *omisión culposa que influyó causalmente* en la producción del resultado...».

— STS de 30 de junio de 2000 (D. 21388) —ponente José APARICIO CALVO-RUBIO—: el condenado había incendiado una oficina del Instituto Nacional de Empleo, produciéndose lesiones de distinta gravedad entre las personas allí presentes. En su fundamento cuarto, al analizar la cuestión de la responsabilidad civil subsidiaria, se afirma que no se había demostrado «...ninguna infracción reglamentaria que hubiera *influido causalmente*, aunque fuera *por omisión*, en la producción del resultado...».

— STS de 7 de octubre de 2000 (D. 32428) —ponente: Joaquín MARTÍN CANIVELL—: una abogada se niega a conceder la venia a otro letrado y retiene durante tres meses un mandamiento de devolución a favor de su cliente por importe de 240.000 pesetas. El argumento era el de que no procedería en tal sentido hasta que sus honorarios fueran liquidados. La letrada es condenada en instancia por una falta de coacciones. El Supremo confirma la sentencia y afirma que «...la *omisión* de conceder la venia y la retención del mandamiento *causaron* la restricción de libertad del cliente...».

— STS de 19 de octubre de 2000 (D. 32430) —ponente: Carlos GRANADOS PÉREZ—: el Tribunal Supremo conoce de un caso de homicidio por imprudencia en el que el condenado es el contratista de una obra. Un trabajador fallece como consecuencia de una

descarga eléctrica; estaba manipulando una varilla metálica cuando ésta tocó una línea de alta tensión. El tribunal condena finalmente porque «...el recurrente ha creado... un peligro jurídicamente desaprobado, al ordenar realizar unas obras...», sin embargo, también señala que «...la omisión de las medidas de seguridad que resultaban precisas fue causante del resultado mortal...».

— STS de 1 de diciembre de 2000 (D. 49617) —ponente: Joaquín MARTÍN CANIVELL—: con ocasión de la excursión de fin de curso de su colegio unos alumnos de enseñanza general básica se desplazan a la playa; a su cargo se encuentran tres profesores. El estado del mar era de marejadilla con olas de hasta medio metro y resaca, pese a lo cual la mayoría de los niños se dieron un baño. Pues bien, el Alto Tribunal señala que «a causa de la falta de vigilancia de los tres adultos» dos alumnos han de ser rescatados por terceras personas. Uno de los menores fallece y la otra consigue salvarse. El ponente se detiene a describir los requisitos generales que han de concurrir para calificar una conducta como imprudente, entre ellos señala «...d) relación de adecuada causalidad entre la acción u omisión imprudente o negligente del sujeto y el resultado dañoso producido...»⁶². Más adelante afirma que la

⁶² En cualquier caso, nos encontramos con una afirmación que sin mayor profundización se repite con gran frecuencia en sentencias sobre casos de imprudencia, sea la naturaleza del comportamiento jurídico-penalmente relevante activa u omisiva. Así, entre otras, véanse, por ejemplo: STS de 18 de enero de 1982 (D. 143) —ponente: Fernando COTTA MÁRQUEZ DE PRADO—; STS de 31 de mayo de 1982 (D. 3538) —ponente: Luis VIVAS MARZAL—; STS de 15 de enero de 1990 (D. 198) —ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA—; STS de 14 de septiembre de 1990 (D. 8253) —ponente: Francisco SOTO NIETO—; STS de 28 de diciembre de 1990 (D. 12099) —ponente: Francisco SOTO NIETO—; STS de 14 de febrero de 1991 (D. 1544) —ponente: José Augusto DE VEGA RUIZ—; STS de 24 de mayo de 1991 (D. 5475) —ponente: Francisco SOTO NIETO—; STS de 9 de octubre de 1991 (D. 3032) —ponente: Eduardo MONER MUÑOZ—; STS de 22 de mayo de 1992 (D. 5153) —ponente: Eduardo MONER MUÑOZ—; STS de 17 de noviembre de 1992 (D. 11362) —ponente: Francisco SOTO NIETO—; STS de 6 de abril de 1993 (D. 3388) —ponente: Eduardo MONER MUÑOZ—; STS de 12 de marzo de 1994 (D. 2272) —ponente: Joaquín MARTÍN CANIVELL—; STS de 11 de mayo de 1994 (D. 4234) —ponente: Luis Román PUERTA LUIS—; STS de 29 de octubre de 1994 (D. 9039) —ponente: Enrique RUIZ VADILLO—; STS de 7 de diciembre de 1994 (D. 10293) —ponente: Joaquín MARTÍN CANIVELL—; STS de 22 de septiembre de 1995 (D. 4567) —ponente: Francisco SOTO NIETO—; STS de 20 de marzo de 1996 (D. 2292) —ponente: José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ—; STS de 21 de enero de 1997 (D. 212) —ponente: Francisco SOTO NIETO—; STS de 14 de febrero de 1997 (D. 192) —ponente: Francisco SOTO NIETO—; STS de 10 de abril de 1997 (D. 2671) —ponente: Luis Román PUERTA LUIS—; STS de 18 de enero de 1999 (A. 236) —ponen-

«...*omisión de vigilancia* por los tres acusados y subsiguiente *omisión* también de la *intervención* posible para evitar males, *determinó causalmente* el fallecimiento de uno de los dos menores...».

— STS de 17 de enero de 2001 (D. 2843) —ponente: Joaquín DELGADO GARCÍA—: el Tribunal supremo se ocupa de la responsabilidad de quien provocó un incendio por las lesiones sufridas por un tercero al retirar unas bombonas de butano que podían estallar. Al analizar los problemas de determinación de la relación de causalidad y de imputación objetiva se afirma que «...debe estimarse que normalmente... (el) resultado se corresponde con esa determinada acción u *omisión* sin que pueda achacarse a otra *causa* diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado...»^{63, 64}.

Hasta aquí las resoluciones que hemos recogido siguen una misma línea en su concepción de la causalidad, la diferencia más importante está en la realización o no de algún esfuerzo para fundamentar teóricamente tal postura. No obstante, aún podemos hacer referencia al menos a una sentencia cuya dirección desde la perspectiva de la causalidad de las conductas omisivas tiene especial interés. Y es que lleva consigo una visión de la influencia de los nexos causales en la naturaleza del comportamiento que se aleja en cierta medida de las pautas que se repetían en las decisiones que hemos señalado hasta el momento. Se critica de modo expreso la concepción exclusivamente científico-natural de la causalidad, situándola en un terreno valo-

te Diego Antonio RAMOS GANCEDO—; STS de 26 de marzo de 1999 (A. 3125) —ponente: Eduardo MONER MUÑOZ—; STS de 25 de mayo de 1999 (D. 10317) —ponente: Joaquín MARTÍN CANIVELL—; STS de 19 de enero de 2000 (D. 631) —ponente: Eduardo MONER MUÑOZ—; STS de 28 de febrero de 2000 (D. 2971) —ponente: Roberto GARCÍA-CALVO MONTIEL—; STS de 24 de octubre de 2000 (D. 35476) —ponente: Luis Román PUERTA LUIS—; STS de 28 de febrero de 2001 (D. 3277) —ponente: Joaquín MARTÍN CANIVELL—; o la STS de 29 de noviembre de 2001 (D. 55983) —ponente: José APARICIO CALVO-RUBIO—.

⁶³ Todas las cursivas de las sentencias recogidas en este apartado 3.1 han sido añadidas por el autor.

⁶⁴ Con un carácter más relativo que las anteriores sentencias en torno a la incidencia del comportamiento omisivo en el mundo exterior, podemos citar la STS de 8 de mayo de 1952 (A. 1009) —ponente: Federico CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA—. En el caso analizado, un guardabarreras «...se olvidó de cerrar a tiempo las puertas barreras al paso de un tren de mercancía...»; el Alto Tribunal considera que «...el olvido del cierre en momento oportuno de la puerta barrera al paso del tren *determinó* el cruce al mismo tiempo de un camión...».

rativo que permite llevar a cabo la equiparación causal de acción y omisión⁶⁵.

— STS de 12 de mayo de 1986 (A. 2452) —ponente: Ramón MONTERO FERNÁNDEZ-CID—: en esta sentencia, sobre un delito de incendio por imprudencia, se comienza por relativizar un pretendido carácter absoluto de la causalidad, soslayando los posibles roces que tal visión «relativista» pudiera tener sobre el principio de presunción de inocencia: «...en los denominados [delitos] «de resultado»... la causación funciona como característica abstracta del tipo penal y... no puede muchas veces ofrecer la certeza predicable y exigible en el campo científico-natural... lo que determina que la demostración propia del Derecho sea distinta a la demostración científico-natural, en tanto no supone una certeza matemática y una verificabilidad excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino, simplemente la obtención de una certidumbre subjetiva...». Pasando al análisis del caso concreto, el magistrado ponente afirma en este sentido que «...en la causa obra prueba suficiente... para estimar como correctamente acreditado el

⁶⁵ Desde luego, la sentencia que vamos a tratar a continuación no es la única que ofrece una visión relativista de las relaciones causales; de lo que se trata es de que conjuga tal visión con la concurrencia de comportamientos omisivos en el caso concreto. En otro sentido, podemos señalar a título de ejemplo, la tan citada sentencia del caso de la colza, que también nosotros hemos recogido con ocasión de la distinta relación de acción y omisión con el entorno —se trata de la STS de 23 de abril de 1992 (A. 6783)—; véanse más abajo las pp. 377 y s.

Por otra parte, sin referirse al particular tema de la causalidad en la omisión, existe alguna sentencia que incide también en la relativización del carácter objetivo-natural que tradicionalmente se concede a la tarea de establecer nexos causales. En ese sentido, es muy explícita la STS de 29 de enero de 1983 (A. 702) —ponente: Manuel GARCÍA MIGUEL—. Se trata del «caso Vinader», periodista que publicó en la revista «Interviú» dos artículos en los que describía las actividades de una serie de supuestos ultraderechistas que participaban en la lucha violenta contra la banda armada ETA. En ambos reportajes se daba todo lujo de detalles sobre los individuos pretendidamente implicados. A los pocos días de su publicación, la organización terrorista acabó con la vida de dos de ellos. El Supremo condenó al periodista como autor de un delito de homicidio por imprudencia. Pues bien, en esta controvertida decisión se afirma que «...existe relación de causalidad entre una determinada conducta y un resultado típico, cuando aplicando las... *normas de experiencia o el común sentir de las gentes*, procede entender, que el agente, al tiempo de realizar la conducta de que se trate, pudo y *debió prever o conjeturar que con la misma ponía en riesgo* o peligro un bien jurídicamente protegido, cuando, posteriormente, *el peligro potencial se haya convertido en real...*» —la cursiva ha sido añadida por el autor—. Sobre esta misma sentencia, véase la opinión crítica de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, CDJ 1994, ob. cit. n. 3, pp. 166, 183 y s., 193 y 195 —también publicado en ADPCP 1994, ob. cit. n. 3, pp. 10, 26 y s., 35 y 37 y en «Dogmática...», ob. cit. n. 3, pp. 56, 70 y s., 78 y 80—. Véase también, en parecido sentido la S.T.C. de 17 de diciembre de 1985 (R.T.C. 174).

curso causal...»; lo que fundamenta tanto en que la recurrente reconoció «...haber prendido fuego a los tres montículos de ramares...», como en la «...omisión de la acción adecuada para interrumpir el nexo causal...». Finalmente señala que «...en orden a la *causalidad*, la omisión en estos casos es equivalente a la acción, cuando la acción esperada y exigible al agente hubiere impedido, de haberse realizado, el resultado dañoso...»^{66, 67}.

En definitiva, pese a lo que se podría haber supuesto, han sido y son muy numerosas las ocasiones en las que la jurisprudencia española se apoya en el establecimiento de una relación de causalidad para fundamentar una responsabilidad por omisión. Es cierto que podría argüirse que en algunas de las sentencias citadas es discutible el propio carácter omisivo del comportamiento típico. Esto ocurre con cierta frecuencia cuando la conducta analizada es calificada de imprudente, pues el Tribunal Supremo soslaya con sigilo pronunciarse por una u otra posibilidad⁶⁸. En otras resoluciones, es la propia descripción de los hechos acaecidos la que dificulta la toma de decisión sobre la naturaleza efectiva o pretendidamente otorgada al comportamiento⁶⁹. Sin embargo, en muchas de estas sentencias parece difícil negar el carácter omisivo de la conducta sobre la que el Supremo hace recaer la responsabilidad penal⁷⁰. En todo caso, tanto en unas como en

⁶⁶ Cursiva añadida por el autor.

⁶⁷ Es dudosa la naturaleza del comportamiento que finalmente es considerado jurídico-penalmente relevante, ya que se fundamenta la existencia de una relación de causalidad tanto en «haber prendido fuego», como en la «omisión de la acción adecuada para interrumpir el nexo causal».

⁶⁸ Ya nos hemos referido a esta tendencia más arriba, en la n. 4. Como botón de muestra, en la anterior relación resulta en mayor o menor medida dudoso que el comportamiento jurídico-penalmente relevante tenga naturaleza omisiva en las siguientes sentencias —en algunos casos ello es debido a la poca concreción del relato de los hechos—: STS de 20 de mayo de 1961 (A. 1779); STS de 5 de mayo de 1962 (A. 1917); STS de 19 de octubre de 1962 (A. 3951); STS de 30 de noviembre de 1962 (A. 4430); STS de 12 de febrero de 1964 (A. 763); STS de 24 de febrero de 1964 (A. 868); y STS de 10 de febrero de 1968 (A. 841).

⁶⁹ Es por ejemplo el caso de la STS de 8 de noviembre de 1961 (A. 3812), con respecto al delito de auxilio al suicidio.

⁷⁰ A título de ejemplo, así ocurre con las siguientes sentencias: STS de 5 de julio de 1948 (A. 1058); STS de 7 de octubre de 1953 (A. 2593); STS de 8 de noviembre de 1961 (A. 3812), con respecto a la omisión del deber de socorro, pese a que el Supremo califica «...la *acción* punible realizada como un delito de omisión del deber de socorro...»; STS de 24 de abril de 1969 (A. 2335); STS de 3 de junio de 1969 (A. 3160); STS de 15 de enero de 1974 (A. 208); STS de 2 de marzo de 1977 (A. 885); STS de 15 de noviembre de 1977 (A. 4336); STS de 21 de diciembre de 1977 (A. 4971); STS de 15 de octubre de 1987 (A. 7379); STS de 28 de marzo de 1989 (A. 2746); STS de 6 de

otras, y por lo que a nosotros nos interesa, lo cierto es que el Alto Tribunal concede, sin paliativo alguno, auténtica virtualidad causal a las conductas omisivas. Estamos ante la primera de las corrientes jurisprudenciales en torno a la cuestión de la causalidad en la omisión y la conclusión es que resulta absolutamente lejana del planteamiento doctrinal que hemos descrito al inicio de este epígrafe y que asume con claridad la sentencia de 12 de junio de 1992.

3.2. *La evitabilidad del resultado como fundamento de la causalidad de la omisión*

Pero esto no es todo, próxima a la línea sobre la que hemos trabajado, es también abundante la jurisprudencia que no se limita a afirmar la existencia de un vínculo causal entre el comportamiento omisivo y el resultado externo, sino que, describiendo el método por el que se obtiene tal conclusión, se hace depender su existencia del hecho de que el actuar omitido hubiera evitado el resultado finalmente producido. Ciertamente, en estos casos la determinación de una relación de causalidad entre el comportamiento omisivo y el resultado coincide con la fórmula de la conocida como «causalidad hipotética». De esta manera, se establece en cierto modo una diferencia —aun presunta, ya que en las sentencias que a continuación citamos no se llega a reconocer expresamente que tal causalidad no es una verdadera causalidad—, entre los nexos que unen con el resultado externo a la acción y a la omisión.

En esta dirección es posible diferenciar dos corrientes: en la primera de ellas simplemente se adopta la idea básica que acabamos de señalar, apoyada en la aplicación de la fórmula de la causalidad hipotética; en la segunda, el análisis es más complejo, más allá de la evitabilidad del resultado, se pone el énfasis en la capacidad de la omisión de aumentar o crear el peligro de producción de la lesión del bien jurídico.

3.2.1. La capacidad de la acción omitida para impedir el resultado

Como hemos señalado, en un nutrido grupo de decisiones, el Tribunal Supremo incide simplemente en que la causalidad de la omisión

abril de 1992 (A. 2761); STS de 20 de octubre de 1993 (A. 7810); y STS de 19 de junio de 1999 (A. 5657).

se determina a partir de la comprobación de la idoneidad para evitar el resultado de la acción omitida. Se utiliza la fórmula de la causalidad hipotética, pero no se llega a extraer consecuencia alguna de este hecho. En este grupo podemos destacar las siguientes sentencias:

— STS de 19 de enero de 1972 (A. 287) —ponente: Jesús SÁEZ JIMÉNEZ—: el jefe del servicio de tocología no practica a una parturienta un legrado con anestesia; la aplicación de dicha técnica era necesaria para extraer los restos de placenta que no habían sido expulsados tras el parto. La parturienta fallece «...a consecuencia de la fuerte infección puerperal producida por el resto placentario que le había quedado en el útero...». Según el Supremo «...a pesar de las repetidas omisiones e inasistencias... el inculpado obrando con mínima diligencia profesional hubiera podido, a través del tiempo que medió tomar una serie de medidas que *evitaran el óbito*. Lo relacionado excluye en términos absolutos que pueda... negarse la existencia de un imprudente proceder determinante, en perfecta *relación de causa a efecto*, de la muerte de la parturienta...»⁷¹.

— STS de 10 de junio de 1972 (A. 3064) —ponente: José HIJAS PALACIOS—: un Labrador fallece al tropezar con un cable de línea telefónica. Tal cable se había desprendido por el abandono en que se encontraba y hacía contacto con una línea aérea de alto voltaje. Cable telefónico y línea eléctrica eran propiedad del procesado y se encontraban en muy deficiente estado. Al valorar los hechos, el ponente entiende que son «...*causa inmediata* [de la muerte], los descuidos y abandonos en la línea telefónica...»; el Labrador es «...víctima de una serie de omisiones punibles que son *causa* de su muerte que *podría haberse evitado* mediante el empleo de una diligencia elemental y ordinaria...».

— STS de 14 de noviembre de 1972 (A. 4826) —ponente: José ESPINOSA HERRERA—: un obrero muere electrocutado, «...la descarga eléctrica... fue debida al deficiente estado de la instalación eléctrica...», el procesado «...como primordial obligación debía cuidar que esta (sic) funcionase de tal forma que no pusiera en peligro la vida y salubridad de los trabajadores...». Pues bien,

⁷¹ Queda así trazado el que constituye el esquema típico de las resoluciones que vamos a recoger en este apartado: se afirma sin más que la omisión de una acción es causal si dicha acción hubiera evitado el resultado, sin entrar en ulteriores consideraciones sobre la naturaleza del vínculo así establecido.

según el Tribunal Supremo «...queda establecida la *relación causal*... al omitir las precauciones más elementales de seguridad, que hubiesen evitado el fallecimiento...».

— STS de 13 de junio de 1981 (A. 2653) —ponente: Bernardo Francisco CASTRO PÉREZ—: el análisis del problema de la causalidad en la omisión tiene lugar en dos niveles. En primer lugar, a título general se afirma que «...para que pueda configurarse la conducta de una persona como autora de un delito de comisión por omisión imprudente, tienen que darse los siguientes requisitos: 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...». Cuando el ponente pasa a analizar el caso concreto —en el que se produce un accidente por no estar cerradas las cadenas de un paso a nivel cuando transitaba un tren—, llega a la conclusión de que existe «...un *vínculo de causalidad* innegable y predominante, porque de haberse cumplido con el deber de tomar las debidas medidas de seguridad el automóvil... no hubiera podido penetrar en el recinto destinado a la circulación del tren... tal omisión fue la exclusiva o por lo menos preponderante causa del accidente...».

— STS de 17 de febrero de 1982 (A. 669) —ponente: Bernardo Francisco CASTRO PÉREZ—: el procesado, Jefe de Distrito de Hidroeléctrica Española, no tomó medidas para corregir la altura de los cables de una línea de conducción eléctrica pese a haber sido convenientemente informado, finalmente se produce un accidente. Dice la sentencia que «...su inexplicable y antijurídica inacción u omisión impropia... se halla en *relación causal* con el accidente (pues de haber actuado como se esperaba, *hubiera evitado éste*)...».

— STS de 18 de junio de 1982 (A. 3546) —ponente: Antonio HUERTA Y ÁLVAREZ DE LARA—: comienza por afirmar que «...la imprudencia, para ser penalmente punible..., requieren (sic) una ineludible *conexión causal* entre la conducta del inculpado y el resultado dañoso..., que este (sic) sea ocasionado por su comportamiento de acción u omisión voluntaria...»; posteriormente precisa que en el caso concreto —muerte de una niña tras una amigdalectomía— tal «...*conexión causal*... aparece completamente delineada... pues si hubiera sido debidamente tratada esa

hemorragia faríngea por el procesado... hubiera podido *evitarse el fatal desenlace...*». Más adelante y en el mismo sentido afirma que «...la relación de causalidad entre la conducta omisiva del procesado y el resultado letal aparece con toda evidencia, pues aplicando la clásica *fórmula negativa de la causalidad*, si no hubiera habido hemorragia faríngea... no habría habido muerte...».

— STS de 18 de octubre de 1982 (A. 5652) —ponente: Bernardo Francisco CASTRO PÉREZ—: el recurrente almacenaba mercancías altamente inflamables en un lugar inadecuado y sin adoptar las más elementales medidas de seguridad; finalmente se produce un incendio. En la resolución del recurso se afirma «...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...*». En resumidas cuentas, «...aunque la omisión impropia del recurrente no hubiera sido la única causa... si sería en todo caso la más eficaz, preponderante y próxima...»⁷².

— STS de 30 de marzo de 1990 (D. 3562) —ponente: Fernando DÍAZ PALOS—: varios obreros caen al vacío al precipitarse sobre ellos una grúa situada a una altura inadecuada con respecto al lugar donde se encontraban. No existían ni barandillas, ni cinturones de seguridad o redes dispuestos para tal eventualidad. En respuesta al recurso de los aparejadores de la obra se señala que: «...cualquiera que sea la causa de la caída al vacío de los obreros..., la misma *puede ser evitada* con la presencia de barandillas, cinturones de seguridad y redes... Consecuentemente es preciso afirmar que hubo relación o *causalidad entre la omisión* de las medidas de seguridad por los recurrentes y *el resultado* producido...».

⁷² En cualquier caso, se plantean dudas en torno a la naturaleza la conducta relevante. En la sentencia se afirma que «...suprimida «in mente» la existencia de dicho depósito, hay que suponer con toda probabilidad que el fuego no hubiera tenido mayores consecuencias...», con lo que realmente el ponente está reconociendo una relación de causalidad entre el comportamiento activo de almacenaje y el resultado producido. Las dificultades en la determinación del comportamiento jurídico-penalmente relevante vienen aumentadas por el hecho de que no quedó claro si el incendio se produjo por la ignición espontánea de los materiales almacenados o por la intervención de una segunda persona.

— STS de 17 de septiembre de 1990 (A. 7168) —ponente: Joaquín DELGADO GARCÍA—: se trata de un caso de estafa en el que el autor oculta algunos datos relevantes de su real situación económica. En este contexto y sin que el propio Tribunal Supremo llegue a aclarar la naturaleza del comportamiento jurídico-penalmente relevante, el magistrado afirma que «... la verdadera causa del error... fue la ocultación de las importantes deudas que tenía el comprador, afirmándose que de haberlas conocido el negocio no se habría realizado...».

— STS de 12 de noviembre de 1990 (A. 8880) —ponente: Francisco SOTO NIETO—: dos niños fallecen al caer a un pozo que se encontraba cubierto por una simple tabla; ésta era la única medida que el propietario había adoptado tras ser requerido por el ayuntamiento del lugar para que tomara las necesarias medidas de seguridad y precaución. El Alto Tribunal afirma en primer lugar que «...Las infracciones culposas se caracterizan por la concurrencia de... 1.º) una acción u omisión voluntaria...; 5.º) adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado e inobservante, desatador del riesgo y del **damnum** o el mal sobrevenido, lo que supone la traducción del peligro potencial entrevisto o podido prever en una consecuencia real, en un efectivo resultado lesivo...»⁷³. Es decir, en general se exige una auténtica relación de causalidad entre el comportamiento, sea activo u omisivo, y el resultado⁷⁴. Posteriormente, algunos datos nos ayudan a entender en qué consiste esta relación causal en el caso de la omisión: «...Comprobada la falta de interposición de la acción que se debía y su virtualidad causal para evitar el resultado, la responsabilidad del garante se actualiza y deviene exigible...».

— STS de 22 de junio de 1991 (A. 4793) —ponente: Luis Román PUERTA LUIS—: el padre de una niña, que contempló impasible como la madre maltrató a su hija de cinco meses de edad, es castigado por un delito de lesiones en comisión por omisión. Para justificar tal calificación se afirma que «...la conducta del padre fue condición necesaria para la producción del resultado lesivo. No cabe imaginar que la «esperada» (por obligada) acción protectora del padre no hubiera podido evitar tal resultado... la

⁷³ Aparece en negrita en el original.

⁷⁴ Hasta este punto, estamos ante una afirmación de idéntico calado que las que se hacían en las sentencias recogidas más arriba, en la n. 62.

conducta del procesado, no cabe valorarla —desde el punto de vista de la causación del resultado— como meramente favorecedora del mismo, sino como *condición necesaria...*».

— STS de 31 de octubre de 1991 (A. 7473) —ponente: José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ—: muy similar a la anterior. En este caso la condenada es la madre de una niña que «...conociendo que éste [el padre] hacía objeto de malos tratos en forma persistente a su hija de tres años de edad... toleró los mismos y no los evitó como era su obligación de madre...». Pues bien, el Alto Tribunal entiende que «...La conducta omisiva de la coprocesada absuelta reviste *eficacia causal* con el resultado producido... por *no haber evitado* e impedido el continuo maltrato realizado por su cónyuge sobre la menor, que de haber actuado hubiera evitado la producción de las más graves...»⁷⁵.

— STS de 23 de abril de 1992 (A. 6783) —ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER—: se trata de la compleja sentencia del caso de la colza. Entre otros muchos problemas, se ha de tomar postura sobre la posible responsabilidad por omisión de uno de los administradores de una de las empresas implicadas. El sujeto no había hecho nada por retirar el aceite de colza desnaturalizado del mercado. En primer lugar, se establece la posición de garante del directivo ya que «...cada administrador resulta obligado a hacer lo que le sea posible y exigible... para lograr que el producto

⁷⁵ Esta sentencia presenta también un especial interés en otro sentido, que si bien no es objeto de nuestro análisis actual, merece ser destacado por la importancia que tiene en el conjunto de la discusión sobre los delitos omisivos. Nos referimos a la concreta concepción que sobre la posición de garante se adopta en esta resolución. En efecto, el ponente afirma que «...La fuente de este deber jurídico de actuación de garante, o sea del deber jurídico de obrar puede nacer de la Ley, del contrato o de un actuar peligroso precedente. En el caso ahora enjuiciado, la responsabilidad por la omisión arranca de su carácter de madre de la niña de tres años, cuyos deberes positivos de protección y cuidado derivan *no sólo de la propia naturaleza* fundada en el hecho biológico de la maternidad natural (*deber moral*) sino de su *traducción en exigencias normativas (deber legal)*. El Código Civil impone a los padres el velar por los hijos menores —art. 154, 1.º—...». Es decir, se apuesta por una visión genuinamente formal de la posición de garantía —véase en el mismo sentido la STS de 6 de octubre de 1995 (A. 7400), citada, más abajo, en las pp. 378 y s.

Esta visión —obsérvese que anterior a la entrada en vigor del nuevo Código penal, que en su artículo 11 adopta un criterio en principio coincidente con el de esta sentencia— contrasta con otras tomas de postura que optan abiertamente por la base material de los deberes de garante —en este sentido véase, más abajo, la STS de 11 de mayo de 1999 (A. 4973), p. 392, y en concreto sobre este tema la n. 88.

peligroso, introducido antijurídicamente en el mercado sea retirado de la circulación o, en todo caso, para que no sea introducido en él...». Una vez llegados a esta conclusión, resulta fundamental determinar si «...en las circunstancias en las que ocurrieron los hechos [el acusado] hubiera tenido la posibilidad de impedir el desvío...». Pues bien, tras señalar que, efectivamente, concurría tal posibilidad, se afirma expresamente que «...En la medida en la que no lo hizo su omisión es también *causal del resultado*, dado que la ejecución de la acción exigida hubiera impedido —con un alto grado de probabilidad— la producción de los resultados, ya que el aceite no hubiera sido consumido...».

— STS de 21 de julio de 1993 (A. 6425) —ponente: Roberto HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ—: un preso muere a manos de otro en un centro penitenciario. La Audiencia Provincial condena por un delito de lesiones en concurso con homicidio por imprudencia. El objeto del recurso es el establecimiento de la posible responsabilidad civil subsidiaria del Estado, responsabilidad que finalmente es rechazada. Tal rechazo encuentra su fundamento en que para su apreciación sería necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: «...deber del Estado de evitar resultados como el acaecido, infracción de ese deber por parte de los funcionarios dependientes del mismo y necesaria *relación de causalidad* entre las omisiones imprudentes y resultado delictivo...». Tales requisitos en este caso no se dan por completo puesto que no resulta posible «...establecer que, de haberse cumplido dicha normativa [Ley y Reglamento penitenciarios], la muerte de la víctima no se hubiese producido...».

— STS de 15 de junio de 1994 (A. 4960) —ponente Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO—: el recurrente había sido condenado en instancia por su participación omisiva en un delito de estafa ya que, habiendo descubierto la actividad defraudatoria de su superior jerárquico, había llegado a un acuerdo con él por el que, a cambio del cuarenta por ciento de las ganancias, «...colaboraría y guardaría silencio...». El Alto Tribunal considera la participación omisiva en el delito como esencial puesto que supone una «...*contribución causal* a su consumación, aunque sea por la defeción de la causa impeditiva que debiera hacer imposible la ejecución y que era obligación del agente poner en acto...».

— STS de 6 de octubre de 1995 (A. 7400) —ponente: José Augusto DE VEGA RUIZ—: una vez más estamos ante un supuesto similar al de la sentencia de 12 de junio de 1992 y una vez más la

argumentación se aleja de la en aquel momento sostenida. En efecto, se castiga por un delito de lesiones en comisión por omisión a una madre que «...con pleno conocimiento del carácter de su compañero y de la forma en que trataba a la niña, no hacía nada efectivo para evitarlo...». En este sentido, se afirma que «...la conducta pasiva de la agente se convirtió en *condición esencial* o necesaria, no meramente favorecedora, para la consumación de las lesiones...», «...cuando el sujeto de la infracción *no evita pudiendo hacerlo*, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante...».

— STS de 18 de noviembre de 1998 (A. 8632) —ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN—: se condena por un delito de homicidio por imprudencia profesional a un funcionario del cuerpo médico de prisiones que, ante un caso de sobredosis por ingestión de opiáceos o benzodiazepinas, ni acordó el traslado del intoxicado a un centro hospitalario, ni su ingreso en la clínica o enfermería del centro penitenciario en el que cumplía condena, ni, por último, controló la evolución del paciente. Se limitó a suministrar unos potentes antidotos y a remitirlo a su celda, donde falleció. El ponente en la sentencia afirma que «...en la muerte de la víctima concurrió *causalmente* una grave vulneración de las reglas de la «Lex artis» por parte del acusado, que debe ser calificada como imprudencia grave a los efectos de la aplicación del art. 142.1 y 3 del Código penal [de 1995], en relación con el *art. 11.a)* del mismo texto legal...»; más adelante señala también que «...El deceso [podría *haberse evitado*]..., bien con el ingreso hospitalario bien con el cumplimiento efectivo del control evolutivo pausado por el propio acusado. Esta falta del más mínimo control constituye una omisión voluntaria del más elemental cuidado... *causalmente relacionada con el resultado letal*...».

— STS de 4 de febrero de 1999 (A. 410) —ponente: Luis Román PUERTA LUIS—: una niña fallece como consecuencia de la falta de atenciones en la que la tienen sumida sus padres, que, ante el estado de abandono de la menor, ya habían sido advertidos en dos ocasiones por el médico del hospital al que habían acudido. En la sentencia se establece que «...La *causa última* del estado de la misma —determinante de su fallecimiento— no fue otra que la omisión por parte de sus padres de los cuidados más elementales de higiene y alimentación para con su hija... Las consecuencias de tal conducta eran perfectamente previsibles para los acusados, en cuya mano estaba el haberlas *evitado*...».

— STS de 26 de marzo de 1999 (A. 3125) —ponente: Eduardo MONER MUÑOZ—: un obrero fallece al caer por un hueco de un edificio en construcción. Entre otros, se condena al Arquitecto-Director de la obra por un homicidio por imprudencia leve. Se afirma la necesidad de una «...*relación de causalidad* entre la conducta imprudente [acción u omisión] y el resultado dañoso [que] ha de ser directa, completa e inmediata...»; «...el arquitecto —director de la obra— estaba capacitado para paralizar la misma por falta de medidas de seguridad, y sin embargo en ningún momento dio orden alguna al contratista en materia de tales medidas... con lo cual, se hubiese evitado el *desgraciado accidente*...».

— STS de 26 de junio de 2000 (D. 15367) —ponente: Julián SÁNCHEZ MELGAR—: un menor es sometido a continuos malos tratos por parte de su padre. La madre es condenada por un delito de violencia física habitual o malos tratos sobre los propios hijos del art. 153 C.P. en comisión por omisión. Según la sentencia, que se apoya en resoluciones anteriores, «...la conducta pasiva de la agente se convirtió en *condición esencial o necesaria*, no meramente favorecedora, para la consumación de las lesiones... es incuestionable, desde el punto de vista jurídico, que cuando el sujeto de la infracción *no evita, pudiendo hacerlo*, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante...». En otro momento afirma que «...La conducta omisiva de la coprocesada absuelta reviste *eficacia causal* con el resultado producido... *por no haber evitado e impedido* el continuo maltrato...»⁷⁶.

En síntesis, esta segunda línea jurisprudencial, que en los últimos años se solapa constantemente con la estudiada en primer término, es el fruto de un análisis más complejo del modo en que la omisión se relaciona con el mundo exterior y de las necesidades que de ahí se derivan para su concreto tratamiento jurídico-penal. Este hecho se hace patente en el establecimiento de una diferencia fundamental entre las características de la causalidad asociada a la acción y a la omisión: en este segundo caso se hace depender de la evitabilidad del resultado. Éste es un avance que no podemos ocultar. Sin embargo, en las sentencias que hemos recogido tal diferencia no se lleva hasta sus últimas consecuencias, simplemente se explicita un determinado método de com-

⁷⁶ Todas las cursivas en los textos recogidos en este apartado han sido añadidas por el autor.

probación de la existencia de una relación entre la conducta omisiva y el cambio en el mundo circundante, pero se sigue aún hablando de «causalidad» del comportamiento omisivo, sin precisar el real alcance de tal afirmación⁷⁷.

En cualquier caso, todavía es preciso referirse a otras sentencias que, partiendo del planteamiento básico que se repetía en las que acabamos de estudiar, lo superan introduciendo referencias a la influencia de la conducta omisiva en el riesgo de lesión del bien jurídico.

3.2.2. Capacidad de los comportamientos omisivos para crear o aumentar el riesgo de producción del resultado

En efecto, como un subapartado dentro del grupo que acabamos de delimitar, podemos enumerar por separado algunas resoluciones del Tribunal Supremo cuya especialidad consiste en que —si bien como las anteriores en mayor o menor medida fundamentan la comprobación de la causalidad de la omisión en la fórmula hipotética de la evitabilidad—, su análisis de la virtualidad causal del comportamiento omisivo no para ahí, sino que se llega a reconocer la capacidad de la omisión bien para crear, bien para aumentar el riesgo de producción del resultado.

En algunas de las resoluciones que vamos a recoger este principio del aumento o creación del riesgo es traído a colación en sede de imputación objetiva⁷⁸. Con ello se consigue una importante aproximación

⁷⁷ Este hecho hace que en tal año como 1984 José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ afirmara expresamente que: «...No existe... para la jurisprudencia diferencia causal alguna entre las acciones positivas y las omisiones impropias ya que, en todo caso, aplica la teoría de la equivalencia de las condiciones para lo que utiliza la fórmula hipotética de la *conditio sine qua non*...». En cualquier caso, no desconoce que existe una diferencia entre ambos supuestos, mientras que «...Para investigar la concurrencia de causalidad *positiva* se construye... la siguiente hipótesis: es causal si la acción *realizada* no puede suprimirse mentalmente sin que desaparezca el resultado; en el caso de las omisiones... la fórmula hipotética sólo puede ser: es causal si la acción *esperada* no puede suprimirse mentalmente sin que desaparezca el resultado...»; véase GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, «Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general», Civitas, Madrid, 1984, pp. 601 y s. —en cursiva ya en el original—.

⁷⁸ Pero hemos de advertir que no en todas. Por ejemplo, no es así en la primera —STS de 5 de diciembre de 1989 (A. 9435)—, en la tercera —STS de 4 de septiembre de 1991 (D. 8418)—, ni en la antepenúltima y la penúltima —SSTS de 24 de noviembre de 1999 (A. 275) y de 23 de octubre de 2001 (D. 37186)—; en estas sentencias simplemente se hace referencia a la capacidad causal de la omisión para aumentar el riesgo de producción del resultado, sin que ello deba ser traducido automáticamente

entre conductas activas y omisivas a la hora de exigir responsabilidad por el resultado. A la vez, supone la asunción de una determinada visión de la imputación objetiva; más en concreto, se acoge el planteamiento de una importante corriente doctrinal, que sitúa precisamente en la creación o aumento del riesgo para el bien jurídico, el punto donde se produce la equivalencia de conductas activas y omisivas, es decir, donde se encontraría el mismo fundamento de la existencia de los delitos de comisión por omisión⁷⁹. De este modo, la jurisprudencia

como expresión de construcciones más elaboradas. Por el contrario, las SSTs de 1 de julio de 1991 (D. 7089) —en la que, por otra parte, se reconoce abiertamente la existencia de causalidad natural entre omisión y resultado—, de 27 de junio de 1997 (A. 4987), de 29 de diciembre de 1998 (A. 10065), de 22 de enero de 1999 (A. 275) y de 27 de noviembre de 2001 (D. 54053) introducen el factor del aumento o creación del riesgo como uno de los principios fundamentales de la imputación objetiva de resultados en la omisión.

⁷⁹ El requisito de la creación o aumento del riesgo como criterio de equivalencia entre omisión y acción ha sido asumido en los últimos tiempos por un importante sector de la doctrina española que tiene sus orígenes en las afirmaciones que ya en la década de los sesenta hizo GIMBERNAT ORDEIG. Véanse en este sentido: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Recensión al libro de Claus Roxin "Täterschaft und Tatherrschaft"», de Gruyter & Co., Hamburgo, 1963», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo XVII, fasc. III, 1964, pp. 551 y s.; el mismo, «Recensión al libro de Enrique Bacigalupo "Delitos impropios de omisión"», Pannedille, Buenos Aires, 1970», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo XXIII, fasc. III, 1970, pp. 725 y s.; el mismo, CDJ 1994, ob. cit. n. 3, pp. 196 y ss. —también publicado en ADPCP 1994, ob. cit. n. 3, pp. 38 y ss. y en «Dogmática...», ob. cit. n. 3, pp. 81 y ss.—; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «El delito...», ob. cit. n. 53, p. 371; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «Ingerencia, comisión por omisión y omisión de socorro. (Comentario a la sentencia TS 24-4-1974)», «Derecho penal de la circulación (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)», 2.^a ed., PPU, Barcelona, 1990, pp. 174 y ss.; el mismo, «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», «Estudios penales», PPU, Barcelona, 1991, pp. 234 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo? (Comentario a la STS, Sala 2.^a, de 8 de octubre de 1991)», *Poder Judicial*, n.º 24, 1991, pp. 208 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, «El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos», Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 146 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, «El riesgo permitido en Derecho penal: régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas», Ministerio de Justicia e Interior, 1995, p. 225; el mismo, «De nuevo sobre el «caso de la colza»: una réplica», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.^a ép., vol. 5, UNED, Madrid, 2000, p. 119; y COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás S., «Derecho penal. Parte general», 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 387 (n. 16). También hace referencia a la noción de «riesgo» en el ámbito de la comisión por omisión MIR PUIG, Santiago, «Derecho penal. Parte General», 5.^a ed., Reppertor, Barcelona, 1998, pp. 307 y s., ns. ms. 38 y s. Ya dentro de la doctrina alemana, a título de ejemplo, podemos encontrar ideas similares en STREE, Walter, «Garantenstellung kraft Übernahme», *Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, pp. 155 y ss.; o GÖSSEL, Karl Heinz, «Maurach / Gössel / Zipf, Strafrecht, Alge-

se suma a las más actuales discusiones en torno a la difícil cuestión de la existencia de omisiones equiparables en merecimiento de pena a comportamientos activos de causación de resultados. Veamos algunas de estas interesantes decisiones:

— STS de 5 de diciembre de 1989 (A. 9435) —ponente: Siro FRANCISCO GARCÍA PÉREZ—: en el terreno de la causalidad, esta sentencia no resulta tan directa como las que hemos resumido hasta este momento; sin embargo, en ella se vislumbran elementos que señalan una posible eficacia causal de la omisión, siempre en relación con la propia eficacia de la acción omitida para evitar el resultado producido. Una parturienta muere al prescindirse durante un tiempo excesivo de la ayuda de un especialista en reanimación y del traslado a un centro adecuado; se condena al tocólogo que la atendía como autor de una falta de imprudencia simple con resultado de muerte. En el razonamiento se afirma lo siguiente: «...la demora se integró en el *curso causal* que desembocó en el fallecimiento de la paciente, de tal manera que —no apareciendo que sin la tardanza la muerte se habría producido exactamente igual— cobró relevancia en el resultado aquel *aumento de riesgo*...».

— STS de 1 de julio de 1991 (D. 7089) —ponente: Joaquín DELGADO GARCÍA—: se condena a un policía municipal como autor de un delito de imprudencia temeraria con resultado de homicidio. Se le había disparado el revolver mientras forcejeaba con dos jóvenes que discutían con su hijo, uno de ellos falleció. Pues bien, a pesar de que la conducta típica es inequívocamente activa, el Tribunal Supremo analiza de modo conjunto los problemas de causalidad e imputación objetiva de acción y omisión, afirmando lo siguiente: «...hay tal relación de *causalidad* siempre que la conducta activa u *omisiva* del acusado se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la equivalencia de condiciones o «*conditio sine qua non*», relación que se establece conforme a *criterios naturales* que proporcionan reglas de la ciencia o de la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva

meiner Teil», Bd. 2, 7. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1989, § 46 I, Rdn. 23, p. 187.

En contra de este tipo de planteamientos véase, por todos, CEREZO MIR, José, «Parte General III», ob. cit. n. 53, p. 267.

que existe cuando el *sujeto... origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido*, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce...»⁸⁰.

— STS de 4 de septiembre de 1991 (D. 8418) —ponente: José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ—: un enfermo muere en el curso de una operación en la que se le debía extirpar un quiste sinovial en la rodilla. La causa, una crisis respiratoria que no pudo ser detectada por no haberse conectado el aparato de control electrocardiográfico y encontrarse el anestesista, «...con conocimiento y consentimiento tácito del cirujano...», atendiendo otra operación. La argumentación discurre en torno a la responsabilidad de este último; el ponente señala que «...No se trata de reprochar culpabilísticamente al recurrente por una conducta ajena... sino por una conducta propia, de carácter omisivo, que es determinante de la ejecución de un resultado típico..., o sea, como *causación de un mal cierto y positivo...*», considerando que tal responsabilidad se sitúa en «...la voluntaria omisión de la diligencia personal, y del deber objetivo de cuidado exigido que genera en una *adecuada relación causal* un resultado punible y que... pudo y debió preverse... y que *hubiera podido evitarse...*». Pero además, en el marco de tales razonamientos se incide en la correcta comprensión del fenómeno causal en la conducta omisiva, entendiendo a la «...omisión espiritual y anímica del agente...» como «...*originadora del riesgo y peligro* y por derivación del evento dañoso...».

— STS de 27 de junio de 1997 (A. 4987) —ponente: Carlos GRANADOS PÉREZ—: la clasificación de esta sentencia resulta algo más problemática que en los casos anteriores. En ella se combinan elementos que apuntan en distintas direcciones. El supuesto de hecho es el siguiente: tras un largo peregrinaje por una serie de centros hospitalarios en busca de un tratamiento alternativo, un menor, hijo de una pareja de testigos de Jehová, fallece. El tratamiento aconsejado desde un principio —ocho de septiembre de 1994— suponía la realización de una transfusión de sangre; transfusión a la que los padres —y el propio menor— se oponían por sus fuertes convicciones religiosas —si bien es verdad que en ningún momento intentaron impedirla—. Este hecho hizo que, cuando finalmente se practicó —una semana después, catorce de septiembre de 1994—, fuera demasiado tarde; el menor falleció al día

⁸⁰ Véase en el mismo sentido STS de 9 de febrero de 1990 (D. 1279) —ponente: Joaquín DELGADO GARCÍA—.

siguiente. El Supremo condena por un delito de homicidio en comisión por omisión, concurriendo la atenuante muy cualificada de obcecación.

Muy interesantes resultan las reflexiones en torno al tema de la causalidad en la omisión: «...Los padres, al no autorizar la transfusión de sangre, *no evitaron*... un resultado de muerte que, de haber prestado su consentimiento, no se hubiera producido. Con esa omisión se generaba una *situación equivalente a la causación* del resultado típico. Todo ello permite afirmar la presencia de la *imputación objetiva* del resultado de muerte...». Hasta aquí todo apunta a que deberíamos incluir este supuesto en el grupo siguiente, en el que recogemos sentencias que niegan expresamente la virtualidad causal de la omisión. Sin embargo, pese a estas primeras afirmaciones, posteriormente la expresada imputación objetiva se fundamenta en el hecho de que «...los padres..., con su oposición al tratamiento transfusional, *incrementaron la situación de peligro* para la vida de su hijo...». Con ello se está reconociendo algún tipo de virtualidad causal a la conducta omisiva; se sigue, en efecto, la misma línea apuntada por los defensores de la teoría del incremento del riesgo como fundamento de la equivalencia entre comportamientos activos y omisivos.

— STS de 29 de diciembre de 1998 (A. 10065) —ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN—: un obrero que intentaba reparar el freno de una grúa fallece aplastado por otra que se encontraba en funcionamiento. Se condena como autor de un delito de homicidio imprudente al «...responsable del equipo de mantenimiento... que fue quien encargó al trabajador fallecido... el trabajo..., pese a lo cual omitió los cuidados elementales, para garantizar la seguridad..., ni se adoptó medida alguna para evitar que el pasillo de rodadura donde se realizaba el trabajo fuera invadido por la grúa 2-A ni se dio aviso alguno al gruista que la conducía...». En el tercer fundamento de hecho se afirma que «...Imputándosele al recurrente una responsabilidad por omisión ha de recordarse que la omisión es *causal* cuando el hacer obligado *hubiese evitado el resultado*...»; «...si hubiese adoptado... dichas medidas, como era obligado y le incumbía directamente en su condición de responsable de las labores de mantenimiento y persona que había ordenado el trabajo originador del riesgo (art. 11.b) del Código Penal), el resultado letal no habría tenido lugar, por lo que ha de convenirse... en que existe una *relación causal entre la omisión y el daño*. Desde la perspectiva de la *imputación objetiva* cabe señalar que el resultado producido consti-

tuye una clara *consecuencia del riesgo propio de la omisión* que la ocasionó...»⁸¹.

— STS de 22 de enero de 1999 (A. 275) —ponente: Carlos GRANADOS PÉREZ—: un médico ginecólogo es condenado por un delito de lesiones imprudentes en comisión por omisión. Considera la sentencia que omitió los deberes de cuidado que le incumbían con respecto a una mujer embarazada, cuya situación de parto desconoció, por entender que sufría un cólico nefrítico y no practicar reconocimiento ginecológico alguno. Al demorarse el nacimiento, el niño resultó con graves lesiones. En el análisis de la concurrencia del tipo objetivo del delito de comisión por omisión, se apuntan las siguientes valoraciones: «...El resultado... es la *concreción de la situación de peligro* para la producción de ese resultado que supuso la omisión... Puede afirmarse, pues, la *imputación objetiva* de ese resultado: que *no se hubiese producido* si el acusado se hubiese ajustado al deber de cuidado que le era exigible...».

— STS de 24 de noviembre de 1999 (A. 275) —ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA—: en esta sentencia se acepta el principio de la creación o incremento del riesgo si bien de un modo más confuso pues finalmente se conecta el resultado con la «acción realizada». En efecto, a raíz del conocimiento de un delito de homicidio imprudente en el tráfico rodado el ponente afirma que la «...responsabilidad por imprudencia parte de comprobar que existió una acción, u *omisión*, que *crea un riesgo, o supera el riesgo permitido*, produciendo un resultado que sea concreción de la acción realizada...».

— STS de 23 de octubre de 2001 (D. 37186) —ponente: José JIMÉNEZ VILLAREJO—: la víctima fallece durante una operación de cesárea como consecuencia de una excesiva pérdida de sangre. El cirujano y el anestesista son condenados como autores de un homicidio por imprudencia grave. Para fundamentar tal responsabilidad la sentencia utiliza una argumentación similar a la de

⁸¹ Por lo que respecta a la naturaleza del comportamiento jurídico-penalmente relevante, lo cierto es que en esta sentencia —y a pesar de la clara opción del Supremo en favor de la comisión por omisión—, el responsable de mantenimiento de la planta donde se produjo el accidente había dado una orden directa al operario fallecido para que procediera a la reparación del freno, orden que desembocó en el resultado luctuoso al no ir acompañada de las medidas de seguridad necesarias.

la anterior: «...la comisión de un delito de imprudencia exige: una acción u omisión voluntaria, la *creación con ella de una situación de riesgo previsible y evitable...*». Más adelante se vuelve a insistir en que el desvalor de la conducta «...radica... en el incumplimiento de advertir el *riesgo creado por la acción u omisión...*».

— STS de 27 de noviembre de 2001 (D. 54053) —ponente: Carlos GRANADOS PÉREZ—: una mujer fallece tras una operación de cirugía estética para aumentar el tamaño de sus pechos. Se condena como autores de un homicidio por imprudencia leve a cuatro facultativos. Ante la argumentación del Tribunal de instancia, que señalaba que «...no se acreditó que el resultado fatal acaecido fuera debido directamente a una conducta ilícita o reprochable de los acusados...», el Tribunal Supremo en el segundo Fundamento de Derecho aclara que «...la omisión imprudente... no tiene porqué causar «directamente»... la muerte de la perjudicada pero sí *crear una situación fáctica* que sea la determinante de la causa que provocó directamente el fallecimiento...». Posteriormente al analizar la estructura objetiva del tipo del delito de comisión por omisión además de exigir la posibilidad de evitar el resultado se señala que «...El resultado es... *concreción de la situación de peligro* que supuso... prolongar indebidamente el traslado a otro Centro Hospitalario... Puede afirmarse, pues, la *imputación objetiva* de ese resultado...»^{82, 83}.

3.3. *Asunción de la teoría de la causalidad. Causalidad hipotética vs. causalidad real*

Bajo los dos últimos epígrafes en los que hemos agrupado las decisiones de nuestro Tribunal Supremo discurre un mismo hilo conductor: en todas las sentencias allí incluidas se utiliza como instrumento de prueba la que se conoce como «fórmula de la causalidad hipotética». Con este procedimiento es posible establecer un vínculo entre el resultado externo y la conducta omisiva. Sin embargo, mientras que en una parte de las resoluciones estudiadas no se hacía referencia a la señalada naturaleza hipotética del nexo así establecido, en otras se afir-

⁸² Obsérvese que en esta sentencia pese a que parece optarse por negar la virtualidad causal de la omisión con respecto a un resultado material, se admite que puede crear una situación de riesgo.

⁸³ Todas las cursivas de las sentencias recogidas bajo este epígrafe han sido añadidas por el autor.

maba directamente que estábamos ante un nexo causal sin más, e incluso encontrábamos algún supuesto en el que más bien se postulaba abiertamente el carácter «material» del vínculo⁸⁴; por último, si nos centramos en las que acogen el principio de la creación o aumento del riesgo, al menos entre la doctrina, dicha creación o aumento se entiende desde un punto de vista normativo.

Pues bien, esta tendencia jurisprudencial ya desde hace tiempo se ha visto superada —o quizá sea más exacto afirmar que en la mayoría de los casos simplemente precisada— por una serie de sentencias que, utilizando por lo general fórmulas muy similares a las analizadas en las páginas anteriores, no se quedan en este punto, sino que niegan expresamente la posibilidad de establecer una auténtica relación de causalidad entre el comportamiento omisivo y el resultado material externo producido. Además de la STS de 12 de junio de 1992 (A. 5203 / D. 6255) —ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER—⁸⁵ entre ellas se encuentran las siguientes:

— STS de 23 de enero de 1990 (D. 459) —ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER—: el Tribunal Supremo conoce de un caso de homicidio en un centro penitenciario. Contra la sentencia que condenaba a la Administración como responsable civil subsidiaria, recurre el Abogado del Estado. En la argumentación, que recoge inequívocas referencias al carácter normativo de la omisión y algunos de sus predicados⁸⁶, se afirma que «...la causalidad de la omisión... *no es exactamente una cuestión de hecho*, sino una problemática que depende de criterios jurídicos aplicados para analizar el grado de conexión existente entre dos hechos...». Esta misma idea aparece, de otro modo expresada, más adelante: «...Dado que está totalmente descartado... que la Administración haya causado o cocausado activamente la muerte del recluso, su responsabilidad sólo se puede fundamentar en una omisión...». Pues bien, para comprobar si existe tal responsabilidad omisiva se afir-

⁸⁴ Véanse por ejemplo, las afirmaciones que recogen las SSTS de 18 de octubre de 1982 (A. 5652) y de 26 de marzo de 1999 (A. 3125); más arriba, pp. 375 y 380, respectivamente.

⁸⁵ Cuyo contenido ya ha sido reproducido al principio de este artículo, pp. 329 y ss.

⁸⁶ Así, se dice que «...la cuestión del significado omisivo de un comportamiento no es una cuestión de hecho, sino de subsunciones... Ello es consecuencia de que las omisiones no pueden ser describibles como puedan serlo los comportamientos activos...». En otro momento se señala que «...tampoco es una cuestión de hecho la posición de garante que fundamenta el deber de impedir un resultado...». Además, como veremos inmediatamente, se otorga dicho carácter valorativo a la relación entre conducta omisiva y resultado externo.

ma que «... se debe verificar si la acción esperada de la Administración *hubiera podido impedir la producción del resultado*. Planteada de esta manera se superan las discusiones sobre si es o no adecuado hablar de una supuesta «causalidad» de las omisiones... Por lo tanto... habrá que apreciar la concurrencia de este elemento cuando sea posible afirmar con un alto grado de probabilidad que la realización de la acción esperada... hubiera evitado la producción del resultado...». Con estas últimas aclaraciones, si bien en principio el Tribunal parece querer evitar tomar partido por una u otra concepción causal de la omisión —cosa que, de todos modos, ya había hecho con anterioridad—, adopta un concreto esquema, el de la causalidad hipotética de los comportamientos omisivos, que al final de su resolución resume del siguiente modo: «...la omisión de impedir resultados lesivos de la vida generará... responsabilidad, cuando la realización de las acciones hubiera impedido con un alto grado de probabilidad la producción de dichos resultados...».

— STS de 26 de febrero de 1990 (D. 2077) —ponente: José Antonio MARTÍN PALLÍN—: la víctima fallece como consecuencia de un proceso cardiovascular agudo. El recurrente, médico que la atendió, había abandonado el lugar en plena crisis cardiaca, sin aplicar medicación de urgencia o cualquier otra medida, limitándose a aconsejar que se llamase a una ambulancia. En un primer momento, el ponente entiende que el facultativo «...si bien *no coadyuva* con su conducta *a la causación* del resultado, de una manera directa y eficiente, no adopta todas las previsiones posibles y exigibles...», en definitiva, «...*sin desencadenar la relación causal*... no vuelca toda la atención y cuidado necesario para afrontar el peligro inmediato...». Estas afirmaciones son, sin embargo, contradichas cuando más adelante señala que «...la omisión actuó sobre el nexo causal, convirtiéndose en un factor coadyuvante del resultado final...», pero acaba por afirmar con claridad que «...Para que un resultado típico sea objetivamente imputable al sujeto no es necesario que éste lo cause física y materialmente, siendo suficiente, desde una perspectiva social y jurídica, que *no haya puesto todos los medios para prevenirlo*, cuando le corresponde una específica función de evitarlo...».

— STS de 27 de octubre de 1995 (A. 7687) —ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER—: la sentencia conoce de un delito de desórdenes públicos en el que se vieron implicados la Cofradía de Pescadores y el Ayuntamiento de un pueblo pesquero. Se confirma la

responsabilidad del alcalde como autor en comisión por omisión del señalado delito ya que «...no intentó, como era su deber, *impe-dir* que la muchedumbre produjera los daños que tuvieron lugar...». La discusión se suscitaba en torno a la misma posibilidad de realización omisiva del delito de desórdenes públicos; es en este contexto que se afirma: «...los documentos demostrarían que el Alcalde no tuvo una participación activa y la *ausencia de actividad causal* de los resultados acaecidos excluye la tipicidad. Pero, precisamente este núcleo se apoya sobre una premisa falsa, según la cual el delito del art. 246 CP [que en el Código de 1973 recoge el señalado delito de desórdenes públicos] no sería comisible por omisión...».

— STS de 13 de diciembre de 1995 (A. 8959) —ponente Francisco SOTO NIETO—: se recoge con gran claridad la concepción según la cual la omisión no es causal en sentido estricto, siendo únicamente posible establecer un nexo hipotético entre este tipo de conducta y un resultado externo. El Alto Tribunal ha de pronunciarse sobre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por un homicidio cometido en un centro penitenciario. Para fundamentar dicha responsabilidad, el Magistrado ponente lleva a cabo las siguientes consideraciones: «...Si la infracción imputable al titular del establecimiento... consiste en una acción, esa relación habrá de ser una verdadera y propia relación de causalidad en el amplio sentido de la «*conditio sine qua non*», de modo que, de no haberse producido esta infracción, el delito o falta no habría podido cometerse, teniendo en cuenta la forma concreta en que el hecho criminal se produjo... Pero si esa infracción consiste en una omisión (no hacer aquello a que se está obligado legal o reglamentariamente...), la cuestión ha de plantearse de modo *hipotético*, esto es, preguntándonos *qué habría ocurrido* si la omisión no se hubiera producido porque el infractor hubiera realizado la acción por él esperada...».

— STS de 20 de abril de 1996 (A. 2889) —ponente: José Antonio MARTÍN PALLÍN—: muy similar a la anterior. El procesado había dado muerte a otro recluso del centro penitenciario donde se encontraba cumpliendo condena. El recurso versa sobre la declaración del Estado como responsable civil subsidiario, responsabilidad que se fundamenta en «...que por omisión o negligencia in vigilando permitió que el acusado portase una navaja...»; y es que, en opinión del Alto Tribunal: «...La infracción puede ser imputada al titular del establecimiento a título de acción o comportamiento *directamente causal* del resultado o bien en forma de

omisión por no haber realizado aquello a lo que se estaba obligado legal o reglamentariamente...».

— STS de 23 de octubre de 1996 (A. 9679) —ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER—: la Audiencia Provincial de Cádiz había calificado los hechos objeto de discusión como aborto en comisión por omisión; el Supremo absuelve a los recurrentes, abuelos de la víctima. En el recurso se alegaba falta de causalidad entre la omisión y el resultado. El ponente se refiere a esta concreta cuestión en los siguientes términos: «...la relación de causalidad es obvio que no se da, toda vez que *de la nada no se puede producir nada*. Al respecto existe en la actualidad un consenso científico y jurisprudencial ampliamente difundido. Pero... es adecuado a las exigencias típicas que se pueda comprobar que la realización de la acción omitida hubiera evitado el resultado con una seguridad rayana en la certeza...».

— STS de 18 de diciembre de 1996 (A. 9661) —ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER—: la Audiencia Provincial de Sevilla había condenado a los tíos de la víctima como cómplices por omisión de un delito de corrupción de menores. El recurso de casación se fundamenta, entre otros argumentos, en la inexistencia de los presupuestos de la complicidad, dado que «...toda participación, en tanto forma de cooperación, requiere... el favorecimiento de la ejecución del hecho principal...». El Alto Tribunal responde que «...Si este requisito es entendido en un sentido estrictamente causal es claro que quienes no hacen ninguna aportación causal al hecho, no podrían ser considerados cooperadores... Dicho en otras palabras: no cabría una cooperación por omisión, toda vez que las *omisiones no son consideradas causales*...». Pero, lógicamente, el razonamiento no acaba aquí, sino que sigue en los siguientes términos: «...Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia admiten la participación omisiva en los hechos punibles activamente cometidos, cuando el omitente ha omitido *impedir la comisión del hecho* del autor principal, es decir, era garante de la no comisión del delito...»⁸⁷.

⁸⁷ En otro orden de cosas, resulta de gran interés la argumentación que se desarrolla para justificar la existencia de una posición de garante de los tíos con respecto a la indemnidad del sobrino: «...tal posición de garante provenía de la confianza fundada en lazos de familia... los padres del joven permitían la participación de su hijo menor de edad en las reuniones a las que éste asistía, confiando en los fines de las mismas desde el punto de vista de sus creencias, lo que implicaba que los tíos asumían el papel que dentro de la institución familiar correspondía a los padres...».

— STS de 12 de enero de 1998 —ponente: Carlos GRANADOS PÉREZ—: se condena a la madre de una menor como cómplice de un delito continuado de abuso sexual. El autor del mismo era el padre de la niña. En la sentencia se afirma que «...La complicidad por omisión es posible cuando la omisión del deber de actuar del garante ha contribuido, en una *causalidad hipotética*, a *facilitar o favorecer la causación* de un resultado propio de un delito de acción o de comisión...».

— STS de 11 de mayo de 1999 (A. 4973) —ponente: Eduardo MONER MUÑOZ—: entre otros cargos, se condena al interventor de una sucursal bancaria como cómplice por omisión de un delito continuado de apropiación indebida cualificada. En la resolución del recurso de casación, el Tribunal Supremo analiza los requisitos de la complicidad omisiva, marco en el que afirma que «...La complicidad por omisión es posible cuando la omisión del deber de actuar del garante ha contribuido en una *causalidad hipotética*, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción u omisión...». Ya en el análisis del caso concreto se señala que «...la existencia del cargo de interventor... impide, con la exigencia de la doble firma, director e interventor, actuaciones arbitrarias de uno de ellos, siendo su conducta omisiva, determinante y eficaz para que el resultado se produjera...»⁸⁸.

⁸⁸ Aunque en un punto ajeno al tema que en este momento estamos analizando, esta sentencia resulta de gran interés por sustentar expresamente una concepción material de la posición de garante ligada a la denominada teoría de las funciones. Según su tenor literal, la «...posición de garante viene impuesta en base a dos fuentes posibles: por la *función protectora de un bien jurídico* y por la *misión de control de una fuente de peligro*. Así, sólo en los casos en que el compromiso del garante resulta inequívoco es posible referirse a que toma en sus manos el riesgo real o hipotético actuando... a modo de «barrera de contención...» —cursiva añadida por el autor—.

Esta visión de la relación que ha de unir al sujeto omitente con el bien jurídico lesionado para poder hablar de comisión por omisión, supone una concreta toma de postura en la polémica que existe en torno a cómo ha de ser interpretado el artículo 11 del Código penal de 1995. En efecto, en este precepto el legislador opta con claridad por una concepción formal de las posiciones de garante, concepción que se aleja de las más modernas tendencias de la Ciencia del Derecho penal. Es por ello que ya se habían levantado voces a favor de una interpretación teleológica-restrictiva de carácter material sobre la concurrencia en el supuesto concreto de la posición de garante. E incluso otra línea interpretativa, para poder considerar como autores de un delito de comisión por omisión a individuos que sustenten una posición de garante únicamente desde un punto de vista material, sugería interpretar los supuestos mencionados por el artículo 11 como meros ejemplos —véanse, en este sentido, BACI-

— STS de 28 de junio de 1999 (A. 6109) —ponente: José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ—: una menor es ingresada repetidas veces en varios hospitales como consecuencia de lesiones debidas «...a agresiones sufridas de sus padres, consistentes bien en que ambos la golpeaban bien en que uno la golpeaba y el otro no lo evitaba pudiendo hacerlo...»; ambos progenitores son condenados como autores de varios delitos de lesiones. En su recurso de casación, los encausados alegan vulneración del principio acusatorio al no haberse formulado expresamente en la acusación la comisión por omisión. El Tribunal Supremo rechaza la argumentación y señala que la propia defensa en su escrito negaba «...no sólo la *causación directa y material*, sino asimismo la *no evitación* por cada uno de ellos del resultado lesivo causado por el otro...».

— STS de 9 de octubre de 2000 (D. 44188) —ponente José JIMÉNEZ VILLAREJO—: uno de los condenados comete en distintas ocasiones varios delitos contra la indemnidad sexual de su hija de seis años. El Alto Tribunal se ocupa entre otros aspectos de la responsabilidad de la compañera sentimental del autor material de los hechos, que los había contemplado sin hacer nada por evitarlos. En este contexto señala que «...si carecemos de datos para establecer una *relación de causalidad hipotética* entre la actuación que hubiese podido tener la recurrida y la *evitación de los abusos sexuales*, sí los tenemos para establecer dicha relación entre la actuación omitida y una dificultad de cierta entidad que el procesado hubiese encontrado para la consecución de sus propósitos...»^{89, 90}.

GALUPO ZAPATER, Enrique, «Principios de Derecho penal. Parte General», 4.^a ed., Akal, Madrid, 1997, p. 409; y SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «La regulación de la «comisión por omisión» (artículo 11)», en «El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales», J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 68 —también publicado como «La regulación de la «comisión por omisión» en el nuevo Código penal español (artículo 11)», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm 7/8, Vargas Amézquita, Lima, 1998, p. 597—. La sentencia citada confirma la posición del primero de ambos grupos de autores —véase por todos a este respecto, CEREZO MIR, José, «Parte General III», ob. cit. n. 53, p. 266.—. En sentido abiertamente contrario al seguido por la actual sentencia véase, más arriba, la STS de 31 de octubre de 1991 (A. 7473) y la n. 75 a la misma, p. 377.

⁸⁹ En parecido sentido, aunque no con la misma claridad, se expresan sentencias como la STS de 26 de marzo de 1994 (D. 2810) —ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER—.

⁹⁰ Todas las cursivas que aparecen en las sentencias recogidas en este apartado han sido añadidas por el autor.

Tras la lectura de las anteriores decisiones la conclusión es obvia: constituyen la línea más próxima a los planteamientos doctrinales que hemos bosquejado al inicio de este apartado. La omisión aparece como un comportamiento carente de causalidad por lo que su relación con el mundo exterior ha de ser establecida a través de fórmulas paralelas, de carácter hipotético, pero que en ningún caso implican el reconocimiento de fuerza causal real alguna.

En definitiva, el análisis de la jurisprudencia española ofrece una conclusión fundamental: el binomio «relación causal-comportamiento omisivo» ha sido abordado por el Tribunal Supremo desde todas las concepciones imaginables. En cualquier caso, en medio de las muy distintas perspectivas y en comparación con otras teorías ya analizadas, la asunción del criterio de la causalidad constituye uno de los hitos principales en la concepción jurisprudencial de la distinción entre acción y omisión. Pese a las numerosas sentencias que contradicen tal principio, es posible afirmar que si algún criterio se erige en dominante dentro del tratamiento de la diferente estructura de los comportamientos humanos, éste es el de la causalidad: mientras que la acción está caracterizada por la capacidad de provocar causalmente modificaciones en el mundo exterior, la omisión no es causal. Esto implica que la imputación de resultados a conductas de este tipo se haya de servir de construcciones que precisamente suplan las carencias que desde el punto de vista causal presenta la omisión. De ahí, pues, la necesidad de exigir requisitos como la posición de garante o la evitabilidad del resultado finalmente producido.

3.4. *Estudio crítico de las teorías de la causalidad*

Nos queda, pues, analizar críticamente los planteamientos que acabamos de exponer. Tras los negativos resultados del análisis de otros criterios y en relación con la pretendida idoneidad de las teorías de la causalidad para caracterizar a acción y omisión, debemos hacer referencia a una idea básica: el objeto principal del Derecho penal se encuentra en la regulación de las interacciones entre el individuo y su entorno, interacciones que han de constituirse necesariamente en punto de partida y base de nuestro análisis. En definitiva, resulta imprescindible tener en cuenta el distinto modo en que, a través del comportamiento de uno u otro signo, el ser humano se relaciona con el medio social. Ello confirma como válida la dirección emprendida por las teorías de la causalidad.

Ahora bien, el propio caos existente en la jurisprudencia, que unas veces apunta en una dirección y otras en la contraria, debe servirnos para ponernos en alerta sobre el auténtico alcance que es posible con-

ceder al criterio de la causalidad y en general a las relaciones entre el sujeto y su entorno. Por ello y sin que en el marco de este comentario sea posible agotar el tema, se hace necesaria una profunda revisión del pensamiento de la causalidad.

3.4.1. La primera idea que es posible resaltar es la de que, pese a que sigue siendo común, cualquier visión del pensamiento de la causalidad que se limite a una contemplación físico-mecánica de la misma, es decir, que esté dominada por el punto de vista de las ciencias naturales, olvidada que la perspectiva del penalista es, ha de ser, más compleja.

En efecto, pese a que podemos describir el concepto de causalidad *de un modo unitario* como «...la ley de sucesión, no perceptible, pero mentalmente captable, del acontecer real...» y calificarla por ello como «...tan real como el acontecer mismo...»⁹¹, no es menos cierto que junto a nexos causales que se desarrollan en un marco físico-mecánico —el sujeto dispara, la bala se aloja en el corazón de la víctima y se produce su muerte—, se hace necesario admitir la existencia de causalidad en un marco «socio-cultural» —pensemos por ejemplo en los efectos que produce un insulto en el caso del delito de injurias o en la concurrencia de engaño en los delitos de estafa—. En estos supuestos tanto el resultado como la relación de causalidad son reales, existen con anterioridad y con independencia de la aplicación de un concreto conjunto de normas con el objeto de comprobar su concurrencia —la víctima ve vulnerada su dignidad o tiene una percepción falsa de la realidad—. Pero sólo el desarrollo de la conducta en el seno de un determinado sistema de referencia, éste sí de carácter claramente valorativo, ha posibilitado la aparición del resultado. Se trata de elencos de valores interiorizados por el individuo y la comunidad y que dotan de sentido a la conducta humana. Muestra de ello es que resulta perfectamente imaginable que una expresión potencialmente injuriosa dentro de un determinado marco cultural y concurriendo determinadas circunstancias no tenga dichos efectos en otro ámbito o incluso en el mismo si cambiamos los condicionantes ambientales.

En definitiva, el ser humano no sólo se interrelaciona con el medio circundante sirviéndose de cursos mecánicos, sino también aprovechando determinadas estructuras socio-culturales cuyo manejo, por otra parte, no está supeditado a regla científica general alguna, sino que a lo sumo se funda en concepciones probabilísticas. No se trata, ni más ni menos que del inevitable reflejo de la condición del ser humano como ser esencialmente social en la trascendencia de sus comportamientos.

⁹¹ Véase WELZEL, Hans, «Strafrecht», 11. Aufl., ob. cit. n. 53, p. 43.

3.4.2. En segundo lugar, es necesario poner de manifiesto que, si bien podemos afirmar que la causalidad es una característica de gran parte de las acciones, que trascienden a sí mismas y provocan efectos que pueden abarcar tanto la esfera «físico-natural» como la «socio-cultural», no es posible llegar a la conclusión de que se trata de un carácter atribuible al género acción en su conjunto. Y es que existen acciones que no causan nada —pensemos, por ejemplo en quien contempla absorto un cuadro del museo del Prado— o, al menos, que pueden ser objeto de comprensión sin necesidad de atender a un hipotético resultado externo.

Si, para soslayar tal conclusión, con la intención de mantener el componente causal de todo comportamiento activo, se acude a conceptos como los de «causalidad potencial», «introducción de factores causales» o «modificación de la disposición de factores causales», no obtendremos ningún resultado satisfactorio. El análisis de estos conceptos no aporta solución definitiva alguna. En el primer caso por la existencia de comportamientos activos muy alejados del principio dinámico, transformador, que late tras el concepto «causalidad potencial». Y con respecto a las otras dos fórmulas el problema está en que se desvirtúa el pensamiento que actúa como principio rector, acercándose a los problemas que plantean otros criterios de caracterización ya rechazados. El empleo del adjetivo causal resulta incorrecto siempre que lo apliquemos a un proceso referido a una única entidad.

En definitiva, la causalidad no es un atributo del concepto de acción, sino de una concreta clase de acciones.

3.4.3. Pues bien, pese a que las anteriores conclusiones deberían bastar para rechazar los criterios causales como modo de caracterización de acción y omisión, las consecuencias del análisis de este tipo de construcciones no acaban en este punto. Aún hemos de enfrentarnos al estudio de la relación entre conducta omisiva y causalidad.

En efecto, frente al común pensamiento de que una de las características más asentadas de la conducta omisiva es la de su carácter no causal —la omisión no causa nada—, de tal manera que cualquier otra opción parece quedar en el ámbito de lo exótico, un análisis detenido del concepto de causalidad aporta importantes matizaciones en este punto.

Y así, es posible admitir que la omisión, *la nada física, tiene vetado el camino de la causalidad en el mundo físico*, pero si a su vez admitimos la existencia de una vertiente «socio-cultural» de las relaciones causales, alejada de su tradicional entendimiento mecánico, exclusi-

vamente naturalista, se llega inmediatamente a la conclusión de que también el comportamiento omisivo puede producir efectos en dicho ámbito socio-cultural. Existen pues omisiones causales —pensemos en las consecuencias que produce el hecho de que alguien no acuda a una importante cita—. En resumidas cuentas, los modelos causales de la diferenciación, concentrados en el aspecto mecánico-físico de las relaciones interfenoménicas, abandonan el análisis de la caracterización antes de agotarlo en todos sus matices.

No obstante, siguiendo con el estudio, aún es necesario señalar que el reconocimiento de omisiones causales no supone en absoluto un atentado contra el clásico principio «*ex nihilo nihil fit*» —es decir, de la nada nada surge—, acogido expresamente por algunas de las sentencias citadas, sino la constatación de que el comportamiento omisivo no es necesariamente una «nada» en la esfera social en la que se desenvuelve. Dicha esfera social está constituida por diferentes estructuras de valores de referencia, que pueden verse afectados por la aparición de una determinada conducta omisiva. Estas estructuras, como ya he dicho, existen con anterioridad a la valoración que merezcan desde nuestra concreta perspectiva y permiten que la omisión pueda ser origen, causa real de auténticas modificaciones que, una vez producidas, podrán ser relevantes para el Derecho penal.

Por otra parte, es necesario destacar que el modelo propuesto no coincide con otros que, si bien parten, como creo que es correcto, del rechazo al componente mecanicista de la concepción tradicional del concepto de causalidad y de la necesidad de entender a la omisión no como una nada sino como un comportamiento real, acaban por fundamentar la existencia de omisiones causales en la consideración del comportamiento omisivo como «condición negativa» de la producción del resultado⁹². Esta perspectiva lleva a presentarnos una omisión causal en todo caso, a través de la inclusión de la categoría «no impedir» en el seno del término «causar» en sentido amplio⁹³. Pues bien, frente a ello, en la propuesta que aquí presento, la omisión únicamente será causal en la medida en que suponga la utilización de las señaladas estructuras socio-culturales y se produzca un resultado en dicha esfera.

⁹² Sin poder precisar más en este momento, entiendo que en el seno de las denominadas «condiciones negativas» lo único que puede ser realmente causal es cualquier acción positiva que contribuya al mantenimiento de las condiciones necesarias para la producción de un resultado, pero nunca la no realización —es decir, la omisión— de acciones que supondrían la transformación de dichas condiciones.

⁹³ Véase en este sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «La omisión...», ob. cit. n. 54, pp. 48 y ss.

Podemos por tanto concluir que *ni toda acción es causal, ni todo comportamiento humano causal es una acción*. Las teorías de la relación sujeto-comportamiento-mundo exterior tampoco son capaces de caracterizar suficientemente los distintos tipos de comportamiento humano y de servir como base de su tratamiento penal. La visión que acoge la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1992 es, por tanto, incorrecta por limitada.

4. Hacia una reconciliación de los caracteres de acción y omisión

Como resultado del anterior estudio se ha puesto de manifiesto que ninguna de las perspectivas analizadas, sostenidas tanto por doctrina como por jurisprudencia, resulta plenamente convincente. Tal rechazo ha venido a señalar la necesidad de reajustar los términos de la discusión.

Es importante insistir en que el objeto de este comentario es el de analizar los elementos que caracterizan a hacer y omitir como formas del comportamiento humano. Ahora bien, ello no implica necesariamente caracterizarlos como si de entes opuestos se tratara. Y precisamente esta visión se ha visto confirmada por el estudio realizado. De él se desprende que no se trata tanto de elaborar dos sistemas enfrentados, basados en una supuesta imposibilidad de reconciliar a acción y omisión, como de perfilar los elementos definitorios de ambas manifestaciones del comportamiento humano, elementos que han de ser tenidos en cuenta por el ordenamiento jurídico-penal en su valoración de los mismos. Esta tarea supondrá desde luego determinar los puntos que separan a hacer y omitir, pero también, y no en un segundo plano, aquellos que tienen en común.

Ahora bien, nos movemos en el ámbito de la Ciencia del Derecho penal, por tanto, como ha sido puesto de manifiesto, las necesidades que impone la perspectiva jurídico-penal, preocupada por la regulación de las interacciones entre el individuo y su entorno, han de constituirse necesariamente en punto de partida y base de nuestro análisis. En definitiva, resulta imprescindible tener en cuenta el distinto modo en que, a través del comportamiento de uno u otro signo, el ser humano se relaciona con el medio social.

Y en este ámbito, si bien como se ha comprobado el pensamiento causal no nos puede servir para describir a acción y omisión como formas de conducta dispares, lo cierto es que tampoco podemos obviar-

lo. Presente esta idea y habida cuenta de las complejas relaciones de acción y omisión con la idea de la causalidad, será preciso adoptar estructuras particulares para conductas activas y omisivas allí donde sus implicaciones sean diferentes, pero cuando su interacción con el medio tenga la misma naturaleza, los tipos delictivos podrán ser comunes para unas y otras. En definitiva, una de las ideas fundamentales que se derivan de este trabajo es la de que *en la consideración que de acción y omisión deba hacer el Derecho penal, ambos tipos de comportamiento no se presentan en todo caso como fenómenos de signo contrario*. Y es que el significado estructural de hacer y omitir, profundamente influido por el ámbito en el que se desarrollan, puede ser, y de hecho en algunos casos es, el mismo. Y así, si no en todos los supuestos, lo cierto es que la compleja jurisprudencia española en el ámbito de la causalidad es reflejo de este hecho.

El anterior planteamiento tiene un efecto inmediato: el común entendimiento —como hemos visto apuntado por RADBRUCH ya a principios del siglo pasado⁹⁴— de que la teoría del delito está surcada por un abismo que separa a infracciones penales activas y omisivas, de tal manera que habría que desarrollar estructuras necesariamente diferentes para llevar a cabo su valoración penal, debe ser tajantemente rechazado. Las estructuras delictuales no deben desarrollarse tanto en función de la naturaleza del comportamiento objeto de valoración como de la concreta trascendencia que dicho comportamiento tenga, trascendencia que estará desde luego influida por la naturaleza de la conducta, pero esta influencia no tiene carácter unívoco.

Por otra parte, cae también por su propio peso la tan debatida construcción de Armin KAUFMANN según la cual el mundo de la omisión en Derecho penal está regido por el «principio de inversión»⁹⁵. A raíz de los resultados de este trabajo, sólo desde una visión simplificadora de la realidad humana, que desconozca el factor social de la misma, se puede sostener este tipo de planteamientos. Sólo en determinadas circunstancias acción y omisión pueden ser consideradas como «a» y «no a», cualquier generalización de la idea de KAUFMANN llevará necesariamente a resultados erróneos.

⁹⁴ Véase, más arriba, la n. 2.

⁹⁵ «Umkehrprinzip»; véase KAUFMANN, Armin, «Dogmatik...», ob. cit. n. 53, pp. 87 y ss.