

LA COMISIÓN POR OMISIÓN. LA POSICIÓN DE GARANTE EN EL CASO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD.

**SACRAMENTO RUIZ BOSCH
JUEZA SUSTITUTA ADSCRITA AL TSJ DE LA REGIÓN DE MURCIA.**

1.- INTRODUCCIÓN.

2.- ELEMENTOS DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN.

2.1.- LA POSICIÓN DE GARANTE.

2.2.- LA PRODUCCIÓN DE UN RESULTADO.

2.3.- LA CAPACIDAD DE EVITARLO.

2.4.- LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA OMISIÓN Y EL RESULTADO.

3.- LA POSICIÓN DE GARANTE EN EL CASO DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD.

1.- INTRODUCCIÓN.

Sólo los comportamientos humanos pueden constituir delitos.¹

El artículo 10 del Código Penal de 1995 prescribe “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley.”

MIR PUIG, partiendo de la definición de delito dada por el artículo 10 CP, considera que el tipo penal puede presentar dos modalidades: como tipo de acción y como tipo de omisión. Mientras que los tipos de acción, en cuanto a su estructura, se realiza si se efectúa la conducta que describen, los tipos de omisión se refieren a la no verificación de una determinada conducta, por lo que se realizan si tiene lugar una conducta distinta a la prevista (en absoluto es necesaria la pasividad). Y mientras que los tipos de acción son la base de la infracción de una norma prohibitiva de una intervención activa indeseable por su nocividad, los tipos de omisión son la base de la

¹ MIR PUIG, S., “Derecho Penal. Parte General 7ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2005, Pág. 181.

infracción de una norma preceptiva, que obliga a una determinada cooperación deseable. Por tanto, la diferencia entre los delitos de acción y de omisión se encuentra en la naturaleza de la norma, prohibitiva o preceptiva, respectivamente.²

Doctrina y jurisprudencia son pacíficas a la hora de distinguir entre la omisión propia o pura y la comisión por omisión u omisión impropia.

La primera significa un no hacer algo que está expresamente ordenado por la norma penal, por lo que se agota en la no realización de esa acción requerida por la ley. La comisión por omisión supone igualmente un comportamiento omisivo pero con el que se viola la obligación de impedir la producción de un resultado típico contenido en un tipo comisivo-base, por lo que el sujeto omisivo asume el papel de garante del bien protegido por la norma penal y responde del resultado como consecuencia de su actitud omisiva (uno de los ejemplos más utilizados por la doctrina es el de la madre que tiene la obligación de alimentar a un hijo de corta edad y lo deja morir por inanición).³

El Código Penal acoge el tipo del delito de comisión por omisión como una especie de combinación entre una disposición general desarrollada por el artículo 11 y las respectivas normas de la Parte Especial contenedoras de delitos de resultado, descritos como de acción pero que caben transformarse en infracciones de omisión según la cobertura dispuesta por el artículo 11.⁴

El artículo 11 CP establece que “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

² MIR PUIG, S., *Ídem*, Págs. 308-310.

³ MORILLAS CUEVA, L., “Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuridicidad”, Ed. Dykinson, Madrid, 2008, Pág. 141.

⁴ MORILLAS CUEVA, L., *Ídem*, Pág. 143.

Y junto a la distinción entre omisión pura y comisión por omisión, un sector doctrinal incluye también la distinción entre la omisión prevista como tal en la ley y la omisión no descrita expresamente por la redacción legal. En el primer grupo se contendrían tanto formas de omisión pura como de comisión por omisión (como ocurre en el supuesto de la omisión del deber de socorro, pues el artículo 195 CP no contempla la necesidad de que se produzca un resultado)

Y en el segundo grupo cabría sólo la comisión por omisión, porque el asiento legal ha de buscarse en los tipos de resultado, que se entienden realizados tanto por conducta positiva como por la no evitación del resultado en ciertas condiciones (p. ej. “el que matare a otro”. Art. 138 CP).⁵

MORILLAS CUEVA y MIR PUIG parten de tres requisitos que comparten la omisión pura y la comisión por omisión:

1. La acción típica.
2. La ausencia de la acción determinada que le era exigible al sujeto.
3. La capacidad de realizarla.

A estos tres requisitos se añaden los que realmente delimitan la omisión por comisión:

1. posición de garante,
2. producción de un resultado y
3. posibilidad de evitarlo.⁶

El Tribunal Supremo en Sentencia 37/2006 de 25 de enero, refiere que al tipo del delito de comisión por omisión pertenece:

En primer lugar la llamada situación típica, que estará constituida por el peligro para el bien jurídico.

En segundo lugar se precisa la no realización de la acción de impedir el resultado.

En tercer lugar, que el sujeto tuviera la posibilidad de realizar la acción.

Y por último, se precisa como en el tipo de acción, la producción del resultado del delito.

Y en consonancia con la doctrina expuesta, en Sentencia de 28 de mayo de 2013 el Tribunal Supremo, con alusión a las Sentencias 64/2012, de 27 de

⁵ MIR PUIG, S., Ídem, Pág. 313.

⁶ MORILLAS CUEVA, L., Ídem, pág. 143.

enero y de 28 de enero de 1994, refiere que la estructura del delito de comisión por omisión “se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo. Se añade que en los delitos de omisión el dolo se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa. En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado. Por el contrario, no forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante. En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente, por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida. Y en la Sentencia 363/2007, de 28 de marzo, se declara que los elementos fácticos que permiten la aplicación del artículo 11 del Código Penal son los siguientes: a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 C.P. exigiendo que la evitación del resultado equivalga a su causación. c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate. d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

2.- ELEMENTOS DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN.

En base a lo anteriormente expuesto, pasamos a analizar los elementos de la comisión por omisión:

2.1.- LA POSICIÓN DE GARANTE.

Para que se concrete la comisión por omisión no es suficiente con que una acción factible hubiera podido evitar el resultado para responsabilizar al autor del evento producido, y por tanto, de la lesión del bien jurídico protegido, sino que es necesario además, para que el resultado le resulte imputable, que esté en posición de garante para impedir la producción de dicho resultado.

Para explicar este deber de obrar existen varias teorías:

A.- La teoría formal del deber jurídico atiende esencialmente a las fuentes formales para la fijación del deber jurídico de obrar, y por tanto, fundamentada en la causa que origina éste, agrupa:

- La ley, en su sentido más amplio, integrador de cualquier manifestación jurídica que implique un deber jurídico de actuar para neutralizar un determinado resultado, entre las que hay que destacar las de índole civil en relación con el ámbito familiar y las de carácter administrativo, como es el caso de las obligaciones médicas o de los funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.
- El contrato, desde una comprensión extensa, constituida por un acuerdo voluntario entre partes que contenga la exigencia para una de ellas de una obligación de garantía en relación a concretos bienes jurídicos.
- Un actuar precedente. La creación de un riesgo previo por parte del sujeto ya sea de forma activa u omisiva genera una situación especial de garante que le obliga a evitar con un acto propio que el peligro se convierta en lesión.

B.- La teoría de las funciones se inicia por KAUFMANN sobre la base de fijar la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico. Los seguidores de esta corriente organizan los deberes de garante en atención a su contenido, distinguiendo dos grandes grupos:

- a) Deberes de protección que sirven para la tutela de ciertos bienes jurídicos contra procesos que afecten a su presencia. Supone el sometimiento de un bien jurídico concreto a la dependencia de un sujeto, en clave de que éste se ha ce responsable como garante del mismo. Bien:
- Por vinculación familiar. MIR PUIG entiende que más decisivo que la relación familiar existente es que concurra una efectiva dependencia absoluta de una persona respecto de otra, asumida por parte de ésta. (es el caso de la protección que los padres deben dar a los hijos recién nacidos o hasta tanto no puedan valerse por sí mismos).⁷
 - Por la llamada comunidad de peligro, o relaciones estrechas de comunidad, en las que surge la situación de necesidad para el auxilio mutuo (el ejemplo clásico del vidente inválido y del invidente que no puede andar).
 - Por asunción voluntaria de una función de protección:
 - por un acuerdo directo (caso de la niñera),
 - por aceptación genérica (supuesto del socorrista cuya misión es vigilar a niños que no saben nadar, pero que ante el desfallecimiento de un adulto dentro de la piscina tiene que actuar),
 - por admisión espontánea de la tutela que una vez comenzada se abandona (supuesto del conductor que encuentra un herido en la calzada, lo lleva en su coche y a mitad del camino decide dejarlo de nuevo en la calle)
 - por protección voluntaria alternativa (dejar a un menor al cuidado de un vecino que acepta quedarse con él).
- b) Posiciones de garantía que originan vigilancia de una determinada fuente de peligro, que se representa más cercana al garante, y que podemos dividir en tres hipótesis:
- el actuar precedente, o injerencia. Supone la existencia de un comportamiento previo que pone en peligro el bien jurídico de otra persona de cuya no realización el sujeto se convierte en garante por su actuar precedente. Pues parece razonable que quien ha creado un peligro posea un deber especial de su conversión en lesión.

⁷ MIR PUIG, S., *Ídem*, Pág.321.

Artículo 195.3 CP “Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años”.

- el deber de garante para el control de fuentes de peligro ubicadas dentro del propio ámbito de dominio, ya sea de animales, estructuras instalaciones, etc. (caso del dueño de varios leones que omite cerrar la jaula en el circo donde trabaja uno de ellos se escapa y mata a una persona).

- la responsabilidad como garante por conductas de terceros. La idea que sustenta este criterio está basada en el deber de vigilancia que en ciertos casos tienen algunos sujetos sobre otros que están bajo su cargo (supuesto de los hijos bajo la patria potestad, el guardador del enajenado mental, o los funcionarios de prisiones sobre los internos para que no cometan delitos)

El profesor DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO no comparte la idea de que la posición de garante sea determinante para la presencia de la comisión por omisión, y considera que una de las cuestiones que preocupan a la doctrina sobre todo por su repercusión en problemas de error es el de la naturaleza de determinados elementos presentes en los delitos de omisión. Esta cuestión va unida a la del propio fundamento y criterio definidor de la comisión por omisión.⁸

Para el Tribunal Supremo “La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa.

La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia).

⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “El error sobre los elementos normativos del tipo penal”, Ed. La Ley, Madrid 2008, Págs. 131 y ss.

A esta concreta posición de garante, formalmente, el art. 11, apartado b) CP., cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

De este deber derivado de su posición de garante surge la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado.

La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado. No se puede olvidar que la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable la realización activa del tipo penal.

Esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo.

En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades pues no se requiere, por regla general, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento.

En los delitos de omisión solo debe 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.

Ahora bien, debe considerarse que entre la acción y la omisión existe una total identidad cuando ésta, igual que aquella, determina la creación o el aumento del riesgo para el bien jurídico. La creación o aumento del riesgo por la propia omisión tendrá lugar en aquellos supuestos en que por la posición social del sujeto o el desempeño normal de su función habitual y específica el peligro para el bien jurídico se considera controlado, conjurado o prácticamente inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica. Si el sujeto omite de pronto cumplir con su deber y desempeñar su función, entonces desencadena o descontrola con "su omisión" el peligro que hasta entonces estaba conjurado o sea inexistente, es decir, lo crea, o, si ya existía un peligro, pero controlado la propia

omisión, al descontrolarlo, aumenta el peligro de modo determinante de la lesión pero en los restantes casos en que la omisión se limita a no intervenir ante un peligro ya existente, sin crearlo ni aumentarlo, sino a dejar que siga su curso por sí solo, no hay comisión por omisión.

No obstante, la distinción entre comisión activa y comisión por omisión puede plantear diversos problemas, partiendo de que las consecuencias de tal diferenciación en materia de responsabilidad no son siempre evidentes por cuanto si se llega a la conclusión de que, en lugar de una comisión activa, se trata de una omisión constitutiva de comisión por omisión, no habría diferencias de responsabilidad relevantes.

Sin embargo, aún reconociendo lo anterior, es obvio que la distinción conlleva importantes repercusiones dogmáticas: así, a diferencia de la comisión activa, la comisión por omisión requiere la preexistencia de una situación de compromiso de protección para la conformación del comportamiento típicamente relevante; el juicio de imputación objetiva se configura de modo distinto en uno u otro caso.

En la doctrina hay discusión acerca de cuál ha de ser el criterio de distinción entre comisión y omisión cuando ambas formas de realización típica se muestran aparentemente enlazadas. Un amplio sector se inclina por el criterio del "punto central del reproche" (Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit), es decir, en otras palabras. Por la prevalencia de aquella forma de realización típica que, en el caso, resulte más grave. El sector dominante, en cambio, dilucida si una conducta es constitutiva de comisión activa o de omisión, atendiendo, en principio, al criterio de la causalidad, más concretamente, a si la conducta del sujeto ha causado o no el resultado típico.

Según ello, se trataría de determinar si la producción del resultado se debe a su causación por parte del sujeto (génesis activa del riesgo de lesión del bien jurídico) o a un riesgo generado fuera del ámbito organizativo de ese sujeto. En ese caso, el que al sujeto que no ha controlado ese riesgo se le impute una omisión pura o la comisión por omisión del hecho correspondiente dependería de que existiera o no un compromiso previo de contener el curso lesivo.

Con todo, el que, sobre la base de la constatación de la causalidad, se aprecie la existencia de una comisión no quiere decir que no quepa advertir también que la conducta del sujeto es constitutiva de una omisión. En realidad, en la mayoría de los casos pueden detectarse las bases tanto de

una comisión como de una omisión. Por ello, en estos casos, más que decidir si estamos ante una u otra forma de realización típica, se tratará de decidir cual de ellas prevalece.

Pues bien, para determinar la prevalencia de la comisión o de la omisión eventualmente concurrente deben tenerse en cuenta, además de la existencia de causalidad, los restantes aspectos de la imputación objetiva, subjetiva y personal del hecho antijurídico.

Así cuando en la conducta se aprecian tantos elementos activos como omisivos, si la acción ha precedido a la omisión, ésta prevalecerá sobre aquélla cuando el comportamiento activo no haya sido típico porque, al tiempo de ejecutarlo, no concurrieron dolo ni imprudencia. si, por el contrario, la acción que precede a la omisión se ejercitó ya con dolo o imprudencia, entonces prevalecerá el comportamiento (activo o pasivo) más grave, siendo desplazado el de menor entidad; concurriendo ambos - como unidad natural de comportamiento- cuando sean igualmente graves, en el supuesto de que la acción y la omisión obedezcan a títulos de imputación distintos y que los bienes jurídicos lesionados por aquellas sean distintos también, entrará en juego un concurso.

Si la omisión ha precedido a la acción y se manifiesta como ausencia de medidas de seguridad, entonces como aquélla, como tal omisión, es atípica en el sentido de un delito de resultado, el único comportamiento jurídico penalmente relevante de resultado será el activo causante de la lesión típica.” (STS de de 19 de mayo de 2011)

2.2.- LA PRODUCCIÓN DE UN RESULTADO.

El segundo de los elementos de la comisión por omisión es la producción de un resultado no impedido.⁹

“Como se argumenta en la STS. de 16.6.2004 el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que

⁹ MORILLAS CUEVA, L., Ídem, Pág. 149.

realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto, "para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el posterior resultado. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado" (véase STS de 1 de diciembre de 2.004, entre otras muchas).

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continua realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generados.

En similar dirección la STS. 4.6.2001 dice el dolo supone que el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también

conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la conciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico.

Es cierto no obstante que la doctrina científica ha puesto de manifiesto que mientras en los delitos activos el dolo se estructura sobre la base de la decisión del autor de realización del tipo, en los delitos de omisión, por el contrario, el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido.

Precisamente por estas razones, en el delito de omisión la característica básica del dolo es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente.

A partir de estos presupuestos, el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencias 25.4 y 30.6.88, en las que sostuvo que "en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción". En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan la obligación de impedir la producción del resultado (STS. 950/97 de 27.6).

Por ello quien conoce las circunstancias que generan su deber (la posición de garante y el peligro de producción del resultado en los delitos impropios de omisión) y su propia capacidad de acción para evitar el resultado, ha omitido dolosamente (STS. 24.10.90).

En esta dirección la STS. 343/97 de 18.3 precisó que "el dolo de los delitos de omisión no requiere otro elemento que el conocimiento de la situación generadora del deber".

Situación que se da en el supuesto concreto en que el acusado ha prendido fuego a un vehículo, sabiendo que dentro, en el maletero encerrado está una persona, y desiste de su inicial intento de sacarlo, concurriendo por ello todos los elementos, al menos, del dolo eventual, dada la representación del posible resultado y su causación previsible creando el peligro jurídicamente desaprobado por la norma.

Por último que no se haya producido el resultado implica la aplicación de las reglas de la tentativa o delito intentado, dado que aquel no se produjo por causas independientes de la voluntad del remitente, como fue la propia actuación de la víctima.”

2.3.- LA CAPACIDAD DE EVITARLO.

Es requisito necesario para la comisión por omisión que se hubiere podido evitar el resultado por parte del sujeto. Se trata de una capacidad abstracta para evitar el resultado por medio de una acción.¹⁰

Tal poder faltará cuando la acción positiva indicada de nada sirva para evitar el resultado, porque de todas formas vaya a producirse.

MIR PUIG entiende que lo anterior es suficiente para que se dé la comisión por omisión y no hace falta demostrar la presencia de una verdadera relación de causalidad entre la omisión y el resultado. Sino que basta que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante.¹¹

Conforme al llamado “principio de evitabilidad” cuya primera formulación válida podemos encontrarla en Kahrs, implica que “al autor se le imputa un resultado si no lo ha evitado aunque podría evitarlo y el Derecho se lo exigía”. Pero mientras que Kahrs sólo ve en la evitabilidad un principio de imputación propio del tipo, Herzberg utiliza por primera vez el principio de evitabilidad como base del concepto de acción que denomina “negativo” y que abarca por igual el concepto de acción y de omisión. Para este autor “La acción del Derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante”.¹²

¹⁰ MORILLAS CUEVA, L., *Ídem*, Pág. 149.

¹¹ MIR PUIG, S., *Ídem*, Pág. 328.

¹² ROXIN, C., “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, trad. Y notas LUZÓN PEÑA, D.M./ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./ DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid, 2006, Pág. 247.

2.4.- LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA OMISIÓN Y EL RESULTADO.

Para imputar objetivamente el resultado al comitente resulta imprescindible demostrar que, al menos, existe una cierta conexión entre dicho resultado y la conducta omisiva.

En un inicio la idea prevalente era la de situar una especie de relación de causalidad en la que la no evitación del resultado se identificaba con su producción efectiva, por lo que se aceptaba un proceso causal real que al igual que en la comisión se daba en la omisión. Sin embargo la doctrina penal actual mayoritaria se decanta por la negativa a aceptar la causalidad en la omisión, entendida como producción real de un resultado.¹³

Entiende MIR PUIG que se debe distinguir entre la relación de causalidad, como cuestión naturalística, e imputación objetiva, como cuestión normativa. Por lo que lo decisivo en los delitos de comisión por omisión es que para que resulte posible la imputación objetiva del resultado producido no es necesario afirmar una verdadera relación de causalidad naturalística, sino que basta que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante.

El problema que se plantea es que no cabe decidir con absoluta seguridad si la acción omitida hubiera o no impedido el resultado. Se trata, por tanto, de un juicio hipotético, y por ello, sometido inevitablemente a un margen de error. Al respecto existen dos corrientes doctrinales:

Un sector de la doctrina se contenta con la constatación de que la realización de la conducta debida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.

Otro sector doctrinal considera necesario y suficiente que la imposición de la acción esperada hubiera supuesto con seguridad un aumento de las posibilidades de evitación del resultado (segura disminución del riesgo).¹⁴

El Tribunal Supremo en Sentencias 1611/2000 de 19 de octubre, 1671/2002 de 16 de octubre, y 1484/2003 de 10 de noviembre entre otras muchas, ha venido suscribiendo la doctrina anterior insistiendo en que, en la determinación de la relación de causalidad, es a través de la teoría de la

¹³ MORILLAS CUEVA, L., *Ídem*, Pág. 151.

¹⁴ MIR PUIG, S., *Ídem*, Págs. 328 y ss.

imputación objetiva como se pretende explicar la relación que debe existir entre la acción y el resultado típico.

La Sentencia del Tribunal Supremo 470/2005 de 14 de abril, mantiene que además de la causalidad material, la imputación del resultado requiere la verificación de dos extremos: 1º. Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, y 2º. Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

Y en el caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal.

“La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a estos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado. Además el riesgo (no permitido) creado por la acción debe ser el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la "autopuesta en peligro" o "principio de la propia responsabilidad". Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la

propia víctima que ha tenido una intervención decisiva.” (STS de 19 de mayo de 2011).

3.- LA POSICIÓN DE GARANTE EN EL CASO DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD.

Al respecto creo que resulta muy ilustrativa la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 601/2013 de 11 de julio de 2013, en relación con un delito de torturas leves del artículo 176 CP.

En esta reciente resolución el Tribunal Supremo ha declarado que “Un sector doctrinal califica la forma comitiva como de comisión por omisión, añadiendo que el tipo presupone que la autoridad o funcionario quedan situados en la posición de garantes que les hace responsables de los hechos perpetrados por los autores directos, por omitir impedirlos pudiendo hacerlo.

Sin embargo otros autores matizan esta naturaleza estimando que no se trata de un caso de omisión pura de garante expresamente tipificada, sino de una omisión referida al resultado legalmente tipificada y que se equipara directamente por misma Ley a la comisión. Por último no falta quien considera que puede apreciarse autoría (en comisión por omisión) cuando el funcionario, teniendo la posibilidad de intervenir, en el hecho (dominio "potencial") para evitarlo, no lo hace, en contra de lo que prescribe un deber de actuar añadiendo, que se adopte un criterio formal para la determinación del deber de garante que toma como fuente la Ley o una perspectiva material que descansa en la función de protección que compete a ciertas personas no cabe dudar de la posición de garante del funcionario judicial, policial o penitenciario y su conducta debe ser calificada como autoría por comisión por omisión y lo que se viene a tipificar es la tolerancia con la tortura.

El núcleo de la conducta omisiva tipificada consiste en "permitir" lo que según el DRAE significa "dar su consentimiento el que tenga autoridad competente, para que otros hagan o dejen de hacer una cosa" y también "no impedir lo que pudiera y debiera evitar".

Así, en el verbo nuclear se aprecian dos vertientes: de un lado, una dimensión puramente omisiva (no impedir) y de otro lado, junto a la anterior, una dimensión positiva (dar consentimiento) si bien referida al ámbito interno y no a una actuación positiva. En definitiva "permitir"

equivale a no impedir, no prohibir, pudiendo hacerlo, los hechos en cuestión, de forma que el núcleo del tipo está constituido por el "tolerar" la realización de las conductas punibles.

Ahora bien destaca la doctrina los claros y evidentes matices normativos de dicho verbo; se impide solo lo que se puede y debe evitar y sólo consiente en ello quien tiene autoridad competente. Ello supone que el que permite o tolera ha de tener una situación de preeminencia o superioridad respecto del que realiza los actos típicos. En este sentido se concreta a supuestos de superioridad en los que el superior ostenta siempre por el solo conocimiento de la actuación delictiva del inferior un (con) dominio potencial del hecho, dada la capacidad de intervención inmediata impidiendo la continuación de la acción antijurídica. Con ello no se ignora que el tipo no exige explícitamente relación de superioridad. Pero tal exigencia es implícita, ya que tan solo puede permitir aquel que tiene autoridad respecto a los hechos realizados por otro de modo que forma parte de "los deberes del cargo" la autorización o no de la actuación de las personas jerárquicamente subordinadas a la actuación para impedir o perseguir los hechos cometidos por otro".

En la jurisprudencia no existe una línea uniforme desde sentencias como la 1614/2002 de 1.10 , que considera que no se trata de una conducta meramente auxiliadora de la tortura, sino que con su presencia, aquiescencia en la acción e incumplimiento de los deberes de garantía previstos en la norma reguladora de la función policial, omitió la conducta debida realizando la conducta típica que es objeto del reproche penal, por cuanto la posición de garante no surge de una situación jerárquica sino de la propia Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal, que señala los comportamientos debidos con relación a personas detenidas y de la mera situación de detención que él había dispuesto, surgiendo desde ese momento, las previsiones legales que regulan los derechos y deberes de los detenidos y de los funcionarios de policía con relación a estos y su presencia, formando parte del equipo que investigaba, le colocó en situación de observancia de la norma mediante un comportamiento debido para impedir las conductas antijurídicas que pudiera observar, o la STS. 1809/2002 de 5.11 , que insiste en que el acusado pudo no permitir a sus compañeros realizar lo que hicieron mediante la simple indicación de su improcedencia y desacuerdo con las normas, actitud que le era posible y pudo haber sido eficaz entre

compañeros no relacionados entre ellos jerárquicamente. Por tanto el acusado tuvo una posición de garante de la no actuación de los otros, que no utilizó, permitiéndoles la realización de las torturas y, consecuentemente, determinando que su omisión tenga cabal encuadre en la figura típica del artículo 176 del Código Penal.

No obstante otras sentencias, como la 294/2003 de 16.4, se inclinan porque el sujeto activo de este delito ha de ser un superior jerárquico al que realiza el atentado contra la integridad moral, "la doctrina ha puesto de manifiesto que la referencia a «otras personas hay que entenderla, en una interpretación sistemática con el art 773, como que en dicha expresión han de ser incluidas cualesquiera que realicen los actos de tortura o de tratos vejatorios, sean funcionarios o no. Ahora bien, al ser un acto omisivo el castigado por la ley, debemos entender implícito el concepto de superioridad, y no la mera presencia pasiva, como consta en el «factum», pues el deber inherente al cargo que se describe en el tipo, acredita este requisito de superioridad frente a los autores del hecho vejatorio, teniendo en cuenta que los hechos se producen en la calle, y se enmarcan dentro de una detención policial, de la que Juan Carlos y Julián participan, no constando dato alguno de superioridad ni de mando en su actuación. El art. 1º.1 de la Convención contra la Tortura, de 1984, ya hacía referencia en este sentido a que la tortura fuera infligida por otra persona con el "consentimiento o aquiescencia" del funcionario, lo que resalta el concepto de superioridad. La mención legal «permitiere» refuerza igualmente esta interpretación, conforme al principio de taxatividad que rige el derecho penal, pues esa permisión denota una posición (implícita) de superioridad, y no la mero omisión (con previo acuerdo) a la que parece referirse el tipo que estaría cubierta en caso contrario por simples consideraciones de garante, y que por el contrario no resultaría de la expresión «permitiere» que inexorablemente adjetiva el precepto interpretado. Se trata de un deber especial por el cargo que incumbe a los superiores sobre sus subordinados, a los que ya se refirió esta Sala en Sentencias de 18 Julio 1997 y 10 Diciembre 1996 .

Concretamente la primera de dichas Sentencias, la 1050/7997, de 18 Jul. sienta la siguiente doctrina: "nos hallamos ante una norma penal, la del último párrafo del art. 204 bis CP anterior y art 176 del ahora en vigor, que constituye un supuesto de comisión por omisión específicamente regulado en la Parte Especial de dichos códigos al recoger los diversos supuestos del

delito de torturas. Primero. la Ley Penal nos define los distintos delitos de esta clase parlo que se refiere o las conductas de las autoridades o funcionadas que materialmente los realizan y. finalmente, se sanciona con las mismas penas que a tales autores materiales, o quien, faltando a los deberes de su cargo, permite su realización. Aunque la doctrina discute si conesta últi ma tipificación penal nos hallamos ante una coautoría por omisión (que existiría si entre unos y otros hubiera existido un acuerdo, aun tácito, para toles torturas) o ante una participación por cooperación necesaria de carácter omisivo (por el especial deber que por el cargo incumbe a los superiores sobre sus subordinados, incumplido al tolerar los malos tratos), en cualquier coso lo Ley, al equiparar en las penas o quienes materialmente torturan y a los Jefes que lo permiten, reputa equivalentes unas y otras conductas: el especial deber de vigilancia y la superioridad jerárquica justifican tal equiparación."

Y en la segunda Sentencia citada, la número 1034/7996 de 19 Dic.: «nos hallamos ante un delito de naturaleza omisiva, un supuesto de comisión por omisión, con relación al cual la propia Ley Penal, después de regular las correspondientes acciones que configuran las modalidades ordinarias de comisión de estos delitos, nos ofrece una cláusula de equiparación del supuesto omisivo a las paralelas figuras comisivas, en consideración al especial deber jurídico que incumbe a la autoridad o funcionario que tiene bajo su concreta responsabilidad velar por las personas detenidas.»

Y por otro lado, esta interpretación permite, si correspondiera, la sanción disciplinaria de los hechos enjuiciados por la vía de la falta muy grave se describe en el art. 27.3 c) de la Ley Orgánica 2/1986, de 14 Mar. De Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En similar dirección STS. 891/2008 de 11.12, que precisa que el art. 5.3 b) de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado impone a sus miembros "la obligación de velar por la vida e integridad de las personas que detuvieran o se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas" pero tal obligación que afecta a todos ellos no les convierte en garantes de los demás (art. 111), salvo por la posición orgánica del que ostenta el mando sobre todos ellos."

BIBLIOGRAFÍA.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “El error sobre los elementos normativos del tipo penal”, Ed. La Ley, Madrid 2008.

MIR PUIG, S., “Derecho Penal. Parte General 7ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2005.

MORILLAS CUEVA, L., “Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuridicidad”, Ed. Dykinson, Madrid, 2008.

ROXIN, C., “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, trad. Y notas LUZÓN PEÑA, D.M./ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./ DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid, 2006.