

Dra. María Jesús Muñoz Company

Abogada fiscal adscrita a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
Socia de la FICP.

~La comisión por omisión en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores de edad. Análisis jurisprudencial~

Resumen.- El presente trabajo de investigación se centra en el estudio de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales realizados en comisión por omisión, sobre todo en aquellos que son cometidos por los progenitores de menores que son víctimas a su vez, de dichos delitos, y que no hacen nada por evitarlo, que son los que mayoritariamente se pueden encuadrar en aquellos. La reciente **STS 758/2018, de 9 de abril de 2019, de la que es Ponente ANA MARÍA FERRER GARCÍA**, es una buena fuente de análisis de esta figura delictiva, sin perjuicio de que se incluya igualmente en el estudio, resoluciones anteriores de la Sala II del TS, que ahondan en la concepción que tiene el Alto Tribunal de estos delitos.

I. INTRODUCCIÓN.

El artículo 10 del Código Penal dispone que: “*son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*”, de lo que se deduce que el delito se puede cometer mediante la realización de una determinada conducta activa “acción” o “comisión”, e, igualmente, mediante un no hacer algo o no hacer lo debido, considerado en principio como una conducta pasiva, denominada “omisión” en el citado precepto legal¹.

Como señala MIR PUIG², los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y tipos de resultado, mientras que los de omisión pueden contentarse con el solo no hacer algo determinado, o requerir además la evitación de un resultado. Los primeros constituyen los delitos de omisión pura, y los segundos (equivalentes a los delitos de resultado) reciben el nombre de comisión por omisión.

Muy brevemente, señalaré que los tipos de omisión pura requieren de la existencia de una serie de elementos para poder ser calificados como tal; y así, debe concurrir una situación típica; la ausencia de la acción exigida; que exista capacidad real de acción en el sujeto; y, que éste tenga plena conciencia de la situación típica y aun así, decida no actuar³. En los delitos de omisión se infringe una norma imperativa, un mandato de actuación positiva y no una norma prohibitiva y solo hay auténtica omisión cuando el sujeto tiene capacidad de actuar, es decir, capacidad de realizar la acción debida;

¹ LUZÓN CUESTA, J.M. Compendio de Derecho Penal. Parte General. Dykinson, S.L., 2009, p. 201.

² MIR PUIG, S. Derecho Penal Parte General, Reppetor, Barcelona, 2015, p. 321.

³ LUZÓN CUESTA, J.M. Derecho Penal, Dykinson, S.L., 2009, pp. 202 y 203.

capacidad que no se debe confundir con la capacidad de acción en un sentido amplio. Se trata, por lo tanto, de delitos de simple “actividad” (“simple omisión”), en los que el sujeto activo responde únicamente por la infracción del deber de actuar impuesto en la norma, pero no por los resultados que puedan derivarse de un peligro que, no lo olvidemos, no ha sido creado por su omisión⁴. Por último, es absolutamente irrelevante si se produce un resultado material, la responsabilidad penal es la misma.

El tipo de comisión por omisión recoge en su parte objetiva la misma estructura que el delito de omisión pura:

- a) situación típica;
- b) ausencia de acción determinada; y,
- c) capacidad de realizarla.

Pero ha de completarse con tres elementos necesarios para la imputación objetiva del hecho:

- a) la posición de garante;
- b) la producción de un resultado; y,
- c) la posibilidad de evitar dicho resultado⁵.

A continuación, analizaré con mayor profundidad los delitos de comisión por omisión y el artículo 11 del Código Penal que regula este tipo de comisión por omisión, para pasar seguidamente a profundizar en el estudio de esta figura delictiva en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, en los que los progenitores tienen el deber de evitar la realización de estos delitos por terceras personas, a sus propios hijos.

II. LA COMISIÓN POR OMISIÓN. ARTÍCULO 11 DEL CÓDIGO PENAL.

En el delito de comisión por omisión, el resultado viene descrito en una norma prohibitiva, en la que no se menciona expresamente el comportamiento omisivo. En estos delitos, se produce un resultado del que el omitente responde como si lo hubiera

⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir.) Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 208.

⁵ MIR PUIG, S. Derecho Penal, Reppetor, Barcelona, 2015, pp. 325 y 326.

producido mediante una conducta activa⁶. La ley solo regula el resultado del delito de comisión, por lo que se hace necesario completar previamente el tipo con ayuda de una cláusula o principio general. El sujeto habrá de realizar imperativamente una acción positiva, destinada a neutralizar el peligro y, en consecuencia, a evitar la lesión de los bienes jurídicos. La omisión que integra la comisión por omisión, en sí misma no existe, sino es teniendo como referencia una acción determinada que no se realiza.

Este tipo de comisión por omisión tiene en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión propia, como mantiene SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ⁷, y como acabo de señalar anteriormente: la situación típica, la inejecución de la acción esperada y la capacidad de ejecutar esa acción; y, además, se complementa con otros tres elementos necesarios para poder realizar la imputación objetiva del hecho de la conducta omisiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable de la indemnidad del citado bien jurídico. De esta relación surge para el sujeto un deber jurídico de evitación del resultado, de modo que su no evitación es equivalente a su realización mediante una conducta activa⁸. COBO y DEL ROSAL BLASCO⁹ afirman que es necesario que respecto del bien jurídico, el omitente se encuentre en una posición tal, que le obligue, frente a la comunidad, a garantizar la integridad o la salvaguarda de dicho bien jurídico, es decir, es necesario que, frente al bien jurídico, el sujeto se encuentre en una posición de garante.

Los delitos de comisión por omisión no están expresamente previstos en la parte especial del CP, sino que, salvo excepciones, aparecen previstos por el legislador a través de una cláusula general en el art. 11 del mismo texto legal. En este precepto el legislador establece que ciertas personas, en virtud de una especial relación con un bien jurídico que les sitúa en lo que se conoce como posición de garante, están obligadas a actuar para evitar determinados resultados lesivos, de manera que si no actúan y dichos

⁶ LUZÓN CUESTA, J.M. Derecho Penal, Dykinson, S.L., 2009, p. 204.

⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 176.

⁸ GRACIA MARTÍN, L. La comisión por omisión en el derecho penal español. Nuevo Foro Penal, nº 61, 1999, pp. 125 a 168.

⁹ COBO DEL ROSAL, M./DEL ROSAL BLASCO, B. Código Penal comentado, Ed. Akal, Madrid, 1990, p. 760.

resultados se producen, éstos serán imputables al sujeto activo en comisión por omisión. Por ello, forman parte del grupo de los denominados delitos especiales propios, ya que solo afectan a aquellos sujetos vinculados especialmente al bien jurídico por tener un deber previo de carácter extrapenal. Esta es una de las diferencias más importantes con los delitos propios de omisión o delitos de omisión pura, ya que en éstos el deber que se infringe no es un deber extrapenal, sino un deber que surge de la propia ley penal, del precepto infringido, mientras que en los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión, la aplicación del art. 11 solo es posible porque el sujeto activo está previamente en posición de garante, lo que implica un deber previo extrapenal nacido de ley o contrato, o un deber penal previo nacido de la injerencia¹⁰.

La posición de garante es precisa para que la no evitación de un resultado lesivo pueda equipararse a su propia causación positiva y castigarse con arreglo al precepto que sanciona su producción. No todo aquel que omite evitar la producción del resultado lesivo puede ser castigado como si lo hubiera causado por vía positiva, sino solo determinadas personas que se hallan respecto del bien jurídico afectado en una especial posición de garante¹¹.

La doctrina¹² ha distinguido tradicionalmente, distintos criterios en virtud de los cuales se atribuye por el derecho la condición de “posición de garante” al sujeto que se encuentra obligado por la misma, a actuar. Así, se habla de la teoría formal del deber jurídico, en base a la que la posición de garante viene dada por una norma legal, y de la teoría de las funciones, en la que se está a criterios materiales en virtud de los cuales, el sujeto está obligado a proteger el bien jurídico, o bien por una determinada vinculación familiar (padres respecto de los hijos), por la existencia de unas relaciones comunitarias estrechas (comunidades de peligro, como unos alpinistas) o por una asunción voluntaria (en el ejemplo anterior, el guía alpino); o por la existencia de una fuente de control de la fuente de peligro, como por ejemplo el guardagujas.

¹⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir.) Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 209.

¹¹ MIR PUIG, S. Derecho Penal, Reppetor, Barcelona, 2015, p. 329.

¹² CUADRADO RUIZ, M.A. La comisión por omisión como problema dogmático, 1997, www.digibug.urg.es. Véase igualmente: LUZÓN PEÑA, D.M. Lecciones Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 600 a 619; MIR PUIG, S. Derecho Penal, Reppetor, Barcelona, 2015, pp. 326 a 340; LUZÓN CUESTA, J. M. Derecho Penal, Dykinson. S.L., 2009, pp. 204 a 210; GIMBERNAT ORDEIG, E. La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión, ADPCP, 2000, pp. 29 a 132; SILVA SÁNCHEZ, J.M. Manuales de formación continuada, nº 4, 1999, pp. 153 a 172; GRACIA MARTÍN, L. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y la criminología, 2001, pp. 411 a 482; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. Derecho Penal, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 176-182.

El citado artículo 11 del CP tiene la siguiente redacción:

“Los delitos 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 de 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.”

Entiende LUZÓN CUESTA¹³ que el CP ha acogido la teoría formal del deber jurídico y aceptado igualmente, la teoría de la injerencia. También se puede sostener, desde incluso los términos legales del citado artículo 11, que la posición de garantía no es la única teoría que da respuesta al interrogante de cuando la omisión pura se convierte en una comisión por omisión. Hay otra hipótesis que este artículo contempla en su redacción cuando sostiene que la omisión equivalga según el texto de la ley a la acción. Así sólo hay comisión por omisión cuando ésta equivalga exactamente a la producción positiva del resultado y con tener una posición de garantía, la equivalencia entre acción y omisión no está garantizada. La omisión equivale a la acción, cuando es la propia omisión la que crea un peligro para un bien jurídico que hasta ese preciso momento no existía o agrava el peligro existente con una intervención que modifica el curso causal natural. Este criterio se comprueba a través de la coincidencia cronológica, ya que se debe dar una coincidencia cronológica entre el momento que el sujeto comienza a omitir y el origen y creación o aumento del peligro.

Los delitos de omisión suelen considerarse delitos de resultado. En efecto, los sujetos que presentan una especial vinculación con el bien jurídico, no tienen únicamente un deber de actuar, sino un deber de evitación del resultado previsto en los tipos penales, por lo que, de no actuar y producirse el resultado típico, éste se les imputará como si lo hubieran causado activamente. Sin embargo, esta exigencia de resultado no es obstáculo para que, en aquellos casos en los que dicho resultado no se produzca y puedan afirmarse los demás elementos de la vertiente objetiva del tipo, además del dolo del sujeto activo, afirmemos la existencia de una tentativa de delito en comisión por omisión. Ahora bien, aunque el legislador, en el artículo 11, relaciona la

¹³ LUZÓN CUESTA, J. M. Derecho Penal, Dykinson. S.L., 2009, p. 210.

posibilidad de imputar el resultado en comisión por omisión con “los delitos que consistan en la producción de un resultado”, no nos aclara a qué clase de resultado se refiere, con lo cual deja abiertas distintas posibilidades interpretativas¹⁴. En primer lugar, permite entender que se está refiriendo únicamente a los delitos que prevean un resultado material como elemento del tipo, ya sea éste de lesión o de peligro, y que por ello solo estos delitos podrán cometerse en comisión por omisión. En segundo lugar, admite interpretar que se alude al desvalor de resultado, es decir, al resultado como lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, que se produce en cualquier clase de delito, incluidos los delitos de mera actividad, por lo que no habría obstáculos para entender la fórmula de la comisión por omisión aplicable a cualquier clase de delito.

En cuanto a la relación de causalidad, MIR PUIG¹⁵ ha señalado que lo relevante en los delitos de comisión por omisión no es la existencia efectiva de dicha relación causal entre la omisión y el resultado, sino solo la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo (“causalidad hipotética”, ya que hubiera concurrido en el caso hipotético de que hubiera podido evitar el resultado). Lo que sucede en estos delitos, es que para que sea posible la imputación objetiva del resultado producido no es necesario afirmar una verdadera relación de causalidad naturalística, sino que basta con que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante.

La particularidad que presenta el elemento subjetivo en los delitos de comisión por omisión, es que el dolo deberá abarcar no solo la ausencia de la acción debida, sino también la posibilidad y necesidad de evitar el resultado mediante dicha acción que finalmente, no se realiza. Además, habrá de extenderse a la situación que determina la presencia de la posición de garante, en tanto que la conciencia de que la misma da lugar a dicha posición de garante integra únicamente el conocimiento del significado antijurídico del hecho y su ausencia no constituiría error de tipo, sino de prohibición¹⁶.

III. LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL DE LOS MENORES DE EDAD. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

¹⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir.) Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 213 y 214.

¹⁵ MIR PUIG, S. Derecho Penal, Reppetor, Barcelona, 2015, p. 339.

¹⁶ MIR PUIG, S. Derecho Penal, Reppetor, Barcelona, 2015, p. 340.

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se encuentran regulados en el Título VIII del Libro II del CP, y han sido objeto de una importante reforma por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que se justifica, por expresa mención del Preámbulo de citada LO 1/2015, en la obligada transposición de la Directiva 2011/93/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la Lucha contra los Abusos Sexuales y la Explotación Sexual de los Menores y la Pornografía Infantil, que sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI, del Consejo, y que aborda, entre otras, las necesidades específicas más imperiosas de protección de los menores y decidida lucha judicial contra los delincuentes sexuales, etc., a la vista de las experiencias empíricas de los últimos años, sobre estos fenómenos delincuenciales, a nivel mundial, de la trata de seres humanos, los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil; muy vinculados entre sí. Lo pretendido con la reforma, es perfeccionar la descripción típica de los delitos ya existentes con una respuesta penológica más agresiva y dura, e introducir algunos ilícitos nuevos para responder a aquellas normas comunitarias que era necesario implementar en nuestro Derecho interno¹⁷.

El Capítulo II Bis regula los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, y lo que se quiere analizar en este punto, es si en estos delitos se puede imputar a los progenitores de los menores víctimas de los mismos, por comisión por omisión.

Ya la **STS 1538/2000, de 9 de octubre**, (como recuerda la **STS 283/2010, de 26 de marzo, Ponente: JULIAN ARTEMIO SÁNCHEZ MELGAR**) afirmaba que “los elementos de los que depende que pueda ser imputado un delito activo por haber incurrido la persona presuntamente responsable en una omisión que, sin haber producido el resultado -la omisión nunca es causal por definición- no ha evitado su producción, 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 CP exigiendo que la no evitación del resultado «equivalga» a su causación. Ahora bien, como la comisión por omisión puede ser imputada tanto en el grado de la equivalencia con la autoría -con la

¹⁷ SÁNCHEZ MELGAR, J. Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia, Madrid, Ed. Sepín, 2016, pp. 1.273 y 1.274.

autoría material y con la cooperación necesaria- como en el grado de la equivalencia con la complicidad, la indicada relación de causalidad hipotética será distinta en uno y otro caso. Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la certeza, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable. C) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales. 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”.

La Jurisprudencia del TS ha tratado esta cuestión en varias resoluciones, que siguen un mismo hilo conductor. Vamos a analizar con mayor profundidad la reciente STS 758/2018, de 9 de abril de 2019, de la que es Ponente ANA MARÍA FERRER GARCÍA, por considerarla más completa que las anteriores, pero conviene hacer una pequeña referencia primero a las resoluciones más antiguas, que son el cimiento de aquella.

Tanto la **STS 1136/2005, de 4 de octubre, Ponente: JOAQUÍN DELGADO GARCÍA¹⁸**, como la **STS 988/2006, de 10 de octubre, del mismo Ponente¹⁹**, detallan

¹⁸ Hechos probados: en El Siscar, a las 23 horas del día 6 de noviembre de 2002, los procesados marroquíes Jesús Luis, y Lázaro, se ofrecieron a acompañar a una conocida compatriota llamada Guadalupe a comprar tabaco en el vehículo del segundo, un "Citroen AX", llevándola hasta una zona de huerta con el pretexto de hablar con ella, donde Jesús Luis le pidió a Guadalupe hacer el amor, a lo que ésta se negó, y a continuación Jesús Luis la cogió de los brazos, la sacó del coche, la golpeó en la cara y cuerpo, obligándola a que se quitara el pantalón y las bragas y tras ponerse un preservativo la penetró vaginalmente permaneciendo mientras tanto el otro procesado Lázaro en el interior del coche, viendo lo que sucedía sin hacer nada para ayudar a Guadalupe e intentar evitar la agresión sexual. Guadalupe resultó con lesiones leves consistentes en hematomas, no contando los días que tardó en sanar.

¹⁹ Hechos probados: los acusados Benjamín y Victoria, mayores de edad y sin antecedentes penales, forman un matrimonio del que han tenido los siguientes hijos: Antonio, nacido el 29 de julio de 1987 y con una discapacidad intelectual moderada, con déficit de atención con hiperactividad sociada y con una minusvalía declarada del 65%; Juan Manuel, nacido el 17 de septiembre de 1990; Patricia, nacida el 26 de

los elementos exigidos por el art. 11 CP para poder exigir responsabilidad penal en estos casos de comisión por omisión. Así:

“1º. Ha de existir un delito o falta de los que consisten en la producción de un resultado. El ejemplo más característico de esta clase de delitos de omisión impropia es el caso del asesinato cometido por un progenitor que deja morir de hambre a su hijo recién nacido. Los delitos de agresiones o abusos sexuales pertenecen a esta clase de infracciones de resultado.

2º. Que, por la forma concreta de producción del delito o falta, ese resultado no se habría producido de haber existido la acción esperada, la acción que se omitió.

3º. Que la no actuación constituya la infracción de un especial deber jurídico por parte de quien omitió. Es el requisito que la doctrina conoce con el nombre de posición de garante, que en este art. 11 puede concurrir: 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.

4º. El art. 11, como límite para la posibilidad de exigir responsabilidad penal en estos delitos de omisión, establece la necesidad de realizar una valoración jurídica: que la producción del delito a virtud de esa omisión equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. No cabe hablar de relación de causalidad en estos delitos de omisión, porque lo que no existe no puede ser causa de nada. Pero sí ha de realizarse en cada caso esa valoración, de modo que pueda equipararse la no actuación esperada, en su antijuricidad, a los casos de actuación positiva, es decir, a la ejecución del delito mediante acción. El ejemplo antes expuesto explica bien esta cuestión: el no alimentar a quien no puede hacerlo por

septiembre de 1992; Luis Francisco, nacido el 23 de septiembre de 1994; Vanesa, nacida el 3 de octubre de 1996; y Víctor, nacido el 20 de enero de 2001. el acusado Gerardo , mayor de edad y sin antecedentes penales, viviendo en el mismo barrio que la familia antes citada y observando el estado de los menores y las características de los padres, se acercó un día a la madre y también acusada, Victoria , y se fue haciendo con la confianza de la misma, hasta el punto de que Gerardo comenzó a acoger a Antonio , Juan Manuel y Cecilia en su casa y los visitaba también en la de ellos, con la excusa de que iba a darles clases de inglés. En su domicilio de la calle Berrocalas, acogió en diversas ocasiones entre el año 1997 y el año 2001, a Antonio, a quien le invitaba a tomar refrescos, y en el interior del domicilio procedía en diversas ocasiones a tocar al menor en sus genitales, al tiempo que hacía que este tocara los suyos, le besaba en la boca y hacía que le realizara felaciones constanding que las mismas se produjeron continuamente y hasta el final, así como también el acusado se las hacía a él. Respecto a Juan Manuel , el acusado Gerardo , con el mismo ánimo libidinoso que realizó las conductas antes descritas, durante el mismo espacio de tiempo y en varias ocasiones también sin determinar el número, procedió a tocar al menor los genitales. Llegó incluso a meterse en la cama con el menor y a tocarle los genitales, y otras veces hacía que el menor se los cogiera a él. En varias ocasiones intentó besar en la boca al referido menor. A Cecilia, que también acudió en varias ocasiones a su domicilio en compañía de algunos de los dos hermanos antes citados, en varias ocasiones procedió a tocarle por todo el cuerpo y en especial por los genitales, siempre por encima de la ropa. Los menores comunicaban a sus padres lo que pasaba, pero estos hacían caso omiso de tales manifestaciones, siendo así que como quiera que el acusado Gerardo les daba dinero y les compraba cosas de primera necesidad, e incluso en varias ocasiones se llevó a los menores al parque e incluso a la playa, los referidos padres, Benjamín y Victoria, dejaron que las cosas continuaran tal y como estaban, e incluso llevaron en alguna ocasión a sus hijos a casa del acusado, y ello a pesar de que los servicios sociales del Ayuntamiento les habían comunicado la posibilidad de que Gerardo estuviera realizando los actos antes descritos. Benjamín y Victoria siguieron recibiendo de Gerardo ayuda económica y material en los términos antes expuestos.

sí mismo equivale a la acción positiva de homicidio. (...)

5º. Es evidente que, aunque nada dice el texto del art. 11 CP (pero se deduce del requisito 2º que acabamos de exponer), ha de encontrarse, dentro de las posibilidades de actuación de la persona que se encuentra en posición de garante, algún modo de obrar que hubiera producido la no ejecución (o continuación) del resultado punible.

3. Como elementos subjetivos han de concurrir dos:

1º. El dolo, en el caso de delitos dolosos, o la imprudencia cuando de infracciones culposas se trate. Tal dolo consiste en la omisión de la acción esperada cuando el sujeto tiene conocimiento de que concurren todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo delictivo que acabamos de examinar, en el plano, evidentemente, del conocimiento a nivel del profano, es decir, de quien no tiene los conocimientos específicos propios de los juristas, pues, de otro modo, sólo éstos podrían delinquir.

2º. Como para toda clase de infracciones penales, también para estos delitos de comisión impropia o de comisión por omisión es necesario que el sujeto tenga imputabilidad (o capacidad de culpabilidad), que en estos casos ha de medirse con relación a la clase concreta de acción esperada: el acusado ha de tener capacidad, por sus condiciones de normalidad psíquica, de actuar en el sentido querido por la ley”.

En la segunda resolución, ambos progenitores fueron condenados (entre otros delitos) como cooperadores necesarios de tres delitos de abusos sexuales, y la Sala II analiza igualmente si fue o no bien aplicado el art. 28 b) del CP por entender que su omisión fue equiparable a la paralela acción de la cooperación necesaria. Sin entrar ahora a definir la cooperación necesaria, por exceder del objeto del presente trabajo de investigación, sí que conviene reseñar que las conductas de los padres omitentes, fueron determinantes para que el otro acusado pudiera abusar de los tres hijos como lo hizo. Con cualquier comportamiento de mínima prohibición u obstáculo que hubiera realizado cualquiera de los dos cónyuges, el autor principal no hubiera podido obrar de tal forma. Tal y como se desarrollaron los hechos, una mera advertencia realizada a aquel por cualquiera de los padres habría impedido o evitado la continuación de la criminal conducta de este, y asimismo con el control de los hijos para que no fueran al domicilio de aquel; todo en la línea de los deberes que tenían que cumplir como titulares de la patria potestad de las víctimas conforme al citado art. 154.1º del Código Civil. Estuvo en manos de los padres impedir los delitos y ello además con manifiesta facilidad. No solo omitieron la conducta debida, sino que incluso a veces alguno de los progenitores llevó a sus hijos al domicilio del autor material de los hechos.

La STS 283/2010, de 26 de marzo, Ponente: JULIÁN ARTEMIO SÁNCHEZ MELGAR²⁰, cuando desestima el recurso de casación interpuesto por la madre de la menor condenada como cooperadora necesaria por comisión por omisión de un delito continuado de abusos sexuales, después de analizar y relacionar los elementos objetivos y subjetivos que se exigen para la responsabilidad penal en los delitos de comisión por omisión, ya reseñados anteriormente, afirma que “el art. 11 CP condiciona la realización del tipo de comisión por omisión a que quien omite la conducta susceptible de evitar -o dificultar- el resultado infrinja, con su omisión, un especial deber jurídico de actuar. Y contempla dos situaciones posibles en que el incumplimiento de ese deber da lugar a la comisión por omisión: la que existe cuando el omitente tiene una específica obligación legal o contractual de actuar y la que sobreviene cuando el mismo ha creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. En el caso enjuiciado en la Sentencia impugnada y a la vista de su declaración de hechos probados, la única vía por la que pueden llegar a ser imputados los delitos a la recurrente, en forma de comisión por omisión, es la de la infracción de una obligación legal, por lo que en la pretendida existencia de esta obligación habrá de concentrarse ahora el razonamiento de esta Sala”. Y continúa diciendo que: “es meridianamente claro que la recurrente, madre de la menor abusada sexualmente por su abuelo, padre de Caridad, tenía el deber de evitar esa clase de delitos en su hija, máxime si, como se sugiere en estos autos, ella misma habría sufrido similar acoso y abuso por parte del anterior”. Y de la prueba practicada en el acto del juicio oral, queda acreditado que era consciente de que se estaban produciendo tales abusos sexuales, habiendo llegado incluso la menor a manifestar que "le había sugerido a su madre que el abuelo se acostase en el sofá, pero que la madre le dijo que se acostase con ella". “Este tipo de

²⁰ Hechos probados: El acusado Heraclio, valiéndose de su condición de abuelo de Noemi, a la sazón con menos de 13 años de edad, a partir del fallecimiento de su esposa en el año 2005 hasta octubre de 2007 ha sometido a aquella a tocamientos reiterados en sus zonas genitales, pechos y culo, así como, también, en reiteradas ocasiones, el acusado introdujo sus dedos en los genitales de la menor reproduciendo movimientos circulares con objeto de estimularla, acordes con una masturbación. Estos tocamientos e introducción de dedos en la vagina de la menor los realizaba el acusado, la circunstancia de quedarse al cuidado de la menor en su domicilio de Ubrique, donde dormían abuelo y nieta en la misma cama, durante las vacaciones escolares, y también se producía en el domicilio de la menor, sito en Dos Hermanas, cuando el abuelo iba de visita. La acusada Caridad, hija del acusado Heraclio, y madre de la menor, era plenamente consciente de los tocamientos y aun así los consentía y facilitaba, ausentándose durante horas de su domicilio en Dos Hermanas, dejando a su padre a solas con su hija, así como consintiendo que la menor durmiera con el acusado en la misma cama, en Ubrique, momentos en que este aprovechaba para realizar los actos antes descritos, consintiendo que nieta y abuelo durmieran juntos en la misma cama, e incluso enviar a la menor a casa de su padre en Ubrique durante un mes en octubre de 2007.

comportamiento satisface las exigencias de la cooperación necesaria, en comisión por omisión, facilitando en grado sumo al autor material las condiciones de acceso a la menor que son imprescindibles para que los hechos se consumen, como es el aspecto ya contemplado de acostarse juntos, cuando existen tales sospechas de abusos, de manera que la ahora recurrente ha conculcado su posición de garante, lo que equivale, con tal omisión, al actuar”.

La **STS 17/2017, de 20 de enero, Ponente: JUAN RAMÓN BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE²¹**, después de analizar los elementos que ya he reseñado anteriormente, afirma que la acusada tenía una posición de garante con respecto a las menores, como madre de las mismas, en cuanto a la salud e integridad física de los hijos que se contempla con carácter general en el artículo 154 del Código Civil, como uno de los deberes que en el conjunto de las relaciones paterno filiales les incumbe la responsabilidad por la omisión arranca de los deberes políticos de protección y cuidado que derivan no sólo de la propia naturaleza fundada en el medio 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-artículo 154.1 -y permite a los progenitores recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento. Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos evitándoles cualquier mal o perjuicio y entre ellos y como más graves las posibles agresiones sexuales o maltratos que puedan sufrir por actuaciones de terceros, y cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión, al estar el omitente en posición de garante. Por ello, la Jurisprudencia ha admitido la participación omisiva en un delito de resultado y

²¹ **Hechos probados:** En fechas no concretadas de 2006 y 2007, el procesado Erasmo, mantuvo relaciones sexuales con la también procesada Elisenda, que por aquéllas fecha ejercía la prostitución, haciéndolo en el vehículo del procesado que utilizaba tanto un todoterreno de su propiedad como uno biplaza propiedad de la empresa, con el logotipo de Sanitas, y desplazándose a distintos lugares tanto de Torrente de Algamesí o de Valencia. Durante alguno de esos encuentros les acompañaba Leticia, nacida el NUM002 de 1997, hija de la procesada y a que ésta obligaba a acompañarles, y en ocasiones a pasar al asiento trasero o en el delantero en el caso del vehículo biplaza, donde el procesado guiado por la intención de satisfacer sus deseos libidinoso le realizaba tocamientos en pechos vulva, le hacía que le chupara el pene y en una ocasión le bajó los pantalones y la penetró vaginalmente, todo ello en presencia y con consentimiento de la procesada que o bien salía del coche ,o permanecía en el asiento delantero. Leticia, no reclama por estos hechos. Posteriormente y con igual ánimo, en fechas no concretadas de 2010 o 2011, los procesados llevaban a la menor Montserrat nacida el NUM003 de 2004, hija también de la procesada, a la que igual que Leticia y tras tener aquéllos relaciones sexuales en presencia de ésta, le hacían pasar al asiento trasero del vehículo, donde el procesado la desnudaba, le tocaba sus partes íntimas y le obligaba a chuparle el pene. Montserrat presenta un elevado coste psicológico consecuencia de los hechos, con constatadas secuelas.

conforme el artículo 11 CP, se ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo o un deber jurídico de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.

En la reciente y ya citada **STS 758/2018, de 9 de abril de 2019, Ponente: ANA MARÍA FERRER GARCÍA²²**, define (después de repetir los requisitos que establece la Sala II para exigir responsabilidad penal por comisión por omisión en estos delitos) qué ha de entenderse por posición de garante y la posibilidad de imputar la comisión por omisión en grado tanto de autoría como de complicidad. Y así afirma que “la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, en virtud de la cual aquél se hace responsable de la indemnidad de éste. De tal relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de impedir el resultado que la dañe, de ahí que su no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La comisión por omisión puede ser imputada tanto en el grado de la equivalencia con la autoría -con la autoría material y con la cooperación necesaria- como en el grado de la equivalencia con la complicidad. Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la misma, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable”. Y aplicando al supuesto de hecho concreto que resuelve, la Ponente indica que los padres del menor eran los obligados a actuar para impedir la conducta del otro acusado con respecto a este, neutralizando así la fuente de peligro, y

²² Hechos probados: El acusado Adrian, párroco en DIRECCION002 (Badajoz), en el año 2013 alojó en la casa parroquial de dicha localidad a una pareja DIRECCION004 compuesta por los otros dos acusados, Estanislao y Ángela, y ya entre finales de ese año y principios del año 2014, también a sus hijos menores de edad, entre los que se encontraba Millán, nacido el día NUM003 de 2001. Esta familia dependía, de forma casi completa, del acusado Adrian, quién se encargaba prácticamente de todos sus gastos, alimentación, vestido, estancia y escolares, y de las gestiones burocráticas que éstos habían de realizar. En este contexto, al menos, en una ocasión, en fecha no exactamente determinada, si bien entre finales de 2013 y el año 2014, el acusado Adrian, guiado por un ánimo libidinoso y prevaliéndose de la situación de necesidad de esta familia por él acogida, procedió a mantener relaciones **sexuales**, cuya naturaleza no está totalmente determinada, con el menor Millán, que entonces tenía 12 años de edad, para lo cual llegó a pasar la noche y dormir con él en la misma cama en una habitación de la casa parroquial. De este hecho fueron enteramente conocedores y consentidores los otros dos acusados Estanislao y Ángela, padres del menor.

no solo no lo hicieron, sino que consintieron dicha relación. La STS resume en tres verbos la autoría en comisión por omisión de este delito por ambos progenitores, que conocieron, consintieron y contribuyeron a dicha relación, habiendo estado presentes en la vivienda cuando el contacto sexual se produjo, y además, formaron un círculo alrededor de su hijo, que lo blindaba frente al posible control de agentes externos, como eran los servicios sociales. Concluye la Ponente, que “la inacción de quienes estaban obligados a actuar en defensa de un bien jurídico tan relevante como la libertad e indemnidad sexuales de un menor de edad, y con ellas de su libre formación como persona, equivale a la realización de un acto positivo, pues la acción exigida por la norma hubiera evitado producción del resultado. Y esta inacción es reveladora de la voluntad de cooperar a la producción del resultado producido, que dadas las circunstancias solo podía producirse con su aquiescencia y su abstención de actuar para evitarlo”.

Es evidente, por tanto, que se cumplen todos los elementos que se han analizado a lo largo de este trabajo de investigación, y que atendiendo al deber que todo progenitor tiene de ejercer la patria potestad de sus hijos menores de edad siempre en interés de ellos (que incluye, como no podría ser de otra manera, la faceta sexual), aquellos padres que conozcan, consientan y contribuyan a la realización de estos delitos con respecto a sus hijos menores de edad, son autores en comisión por omisión de la conducta delictiva que haya realizado el autor material de los mismos, sin que pueda alegarse incumplimiento alguno de los citados requisitos ya expuestos.

IV. CONCLUSIONES.

En los delitos de comisión por omisión, el resultado viene descrito en una norma prohibitiva, en la que no se menciona de forma expresa el comportamiento omisivo. En estos delitos, se produce un resultado del que el omitente responde como si lo hubiera producido mediante una conducta activa.

En los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, se admite la responsabilidad penal en comisión por omisión de los progenitores de aquellos, cuando concurriendo todos y cada uno de los requisitos que la Jurisprudencia y la doctrina exigen para la concurrencia de aquella, estos padres son quienes consienten, conociendo la conducta delictiva que se está cometiendo contra sus hijos, e incluso, contribuyen

tanto a la consumación de la misma, como al aislamiento social de los pequeños, con el fin de que se pueda seguir atentando contra su indemnidad sexual sin que los mecanismos sociales establecidos puedan evitarlo.

Actualmente la Audiencia Provincial de Valladolid se encuentra juzgando los hechos ocurridos en agosto del año 2017, con respecto a una menor de 4 años presuntamente asesinada por la pareja de la madre de aquella, solicitándose por el Ministerio Fiscal para ambos, por el delito de asesinato, la pena de prisión permanente revisable, así como por seis delitos de maltrato con lesión en el ámbito familiar a persona especialmente vulnerable, uno de maltrato habitual, un delito continuado de violación a una menor, y un delito de abandono de familia para la madre, penas que suman para el primero 24 años de cárcel y 25 para la progenitora de la pequeña, además de 15 años de libertad vigilada una vez salieran de la cárcel. A la madre de la pequeña se le imputan los delitos (salvo el de abandono de familia) en comisión por omisión. Vemos así, que estas conductas se repiten y merecen (de quedar acreditadas en el acto del juicio oral con cumplimiento de los principios de oralidad, contradicción e inmediación) el mayor reproche penal que pueda imponerse, teniendo en cuenta de que se trata de sus hijos con respecto a los que los progenitores tienen el deber de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

BIBLIOGRAFÍA

COBO DEL ROSAL, M./DEL ROSAL BLASCO, B. Código Penal comentado, Ed. Akal, Madrid, 1990.

CUADRADO RUIZ, M.A. La comisión por omisión como problema dogmático, 1997, www.digibug.urg.es.

GIMBERNAT ORDEIG, E. La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión, ADPCP, 2000.

GRACIA MARTÍN, L. La comisión por omisión en el derecho penal español. Nuevo Foro Penal, nº 61, 1999.

— Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y la criminología, 2001.

LUZÓN CUESTA, J.M. Compendio de Derecho Penal. Parte General. Dykinson, S.L., 2009.

LUZÓN PEÑA, D.M. Lecciones Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MIR PUIG, S. Derecho Penal Parte General, Reppetor, Barcelona, 2015.

SÁNCHEZ MELGAR, J. Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia, Madrid, Ed. Sepín, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. Manuales de formación continuada, nº 4, 1999.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2019.**

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2017.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir.) Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.