

Delincuencia de omisión

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Fiscal de la Audiencia de Salamanca

SUMARIO: I. Silueta del delito. Su marcado tono social.—II. Delitos de acción y delitos de omisión. Importancia creciente en extensión y en intensidad de los delitos de omisión.—III. Los delitos de comisión por omisión. Dificultades para su incriminación.—IV. Relación de causalidad. Causalidad física y causalidad moral.—V. La teoría de la causalidad moral explica el reproche de los delitos de comisión por omisión.—VI. Labor jurisprudencial de marcar cuáles son las «conductas esperadas» en los delitos de omisión.—VII. Obligación de denuncia. Omisión de denuncia. Delincuencia colectiva de omisión (1).

En un trabajo que sobre el tema «Pacheco, penalista y legislador» publicó en la *Revista de Información Jurídica* de octubre de 1948 el sabio Catedrático de la Universidad de Madrid, don Eugenio Cuello Calón, se estudia la influencia de Pellegrino Rossi en nuestro don Francisco Pacheco. Rossi «representa en Italia, en el campo penal, lo que Kant un siglo antes representara en Alemania»; «encarna la oposición decidida contra el hedonismo y el utilitarismo de Beccaria y de la filosofía penalística del siglo de las luces, que prescindían de las ideas de moral y de justicia; en pugna con aquél al que certeramente reprocha no ver más que el lado político de la justicia y sacrificar todo a este aspecto, fundamenta el Derecho penal sobre el orden moral y la justicia absoluta, exteriorizada en la idea de retribución». Y don Eugenio Cuello Calón expone seguidamente esta idea, que llamó mi atención grata y poderosamente: «También hoy se esboza ya una sana reacción, como ésta, de fondo moral y espiritualista, contra el desmedido patologismo y biologismo que infesta la ciencia penal, y se aspira con brío a ligarla reciamente con la ética, porque el Derecho penal no se comprende sin una concepción ética de la vida.»

Es como la voz indicadora de nuevos rumbos para nuestra cien-

(1) N. de la R.: Con posterioridad a recibirse este trabajo en nuestra Redacción, se ha publicado la Ley de 17 de julio del presente año, sancionadora de actitudes de omisión, en la misma tendencia doctrinal que en el trabajo se expone.

cia. Esta no es sólo una labor de análisis, de investigación, de clasificación del delito o de la persona del delincuente. Y ello, aunque sea con espíritu combativo, para anular la delincuencia y rectificar o atajar su obra donde ésta se presente.

Es también la ciencia penal una ciencia constructiva.

Carrara decía que Rousseau se equivocaba al estimar que el Derecho penal no era una ley subsistente por sí misma, sino la sanción de todas las otras: «con esta fórmula se reduce el oficio del Derecho criminal al mero castigo, sin tener en cuenta la prohibición, que forma parte integrante de él» (1).

Y realzan la valoración de la ley penal estas palabras de Mezger: «El medio más terminante de que el legislador dispone para desaprobar, prohibir y marcar como injusta una determinada acción, es sancionar con pena la ejecución de la misma. Al hacerlo, la prohíbe. El fundamento de la antijuridicidad de la acción yace en la misma ley penal» (2).

La ley penal, lejos de ser sólo ley accesoria que sirve o busca el cumplimiento de otra ley principal, tiene también la función de valorar conductas e impregnarlas del sello de licitud o ilicitud.

Función vital por excelencia, que por ello no debe salir del campo de la ética que nutre todo el Derecho positivo. «Como el billete sin reserva, dice Carneluti, es una moneda falsa, aunque legalizada, el precepto sin contenido ético es un Derecho falso» (3).

La filosofía en la actualidad corta sus vuelos anteriores idealistas o positivistas y se centra y se atempera a la realidad de la vida. La ley penal y con ella la ciencia penal teórica o jurisprudencial, en signo de manifiesto vitalismo, «aspira con brío a ligarse reciamente con la ética», según la expresión del profesor Cuello Calón.

I

Concepciones diversas existen sobre el delito. Las escuelas han dado y defendido tesis distintas. Nuestra inteligencia gusta de escudriñar e investigar lo que ya conoce. Generalmente alardea de perseguir un descubrimiento, pero es muchas veces de algo que ya tiene captado. Precisamente porque lo ha captado y lo conoce es por lo que quiere descubrirlo. La inteligencia revolotea sobre lo que ya tiene por base segura.

Cosa semejante ocurre con el delito. Captado su ser o su concepto, el discurso de los penalistas lo pone a las veces en el propio delincuente, para teñirlo de antropología, de biología, de psicología

(1) FRANCISCO CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Prolegómenos. Traducción de Jiménez Asúa. Edit. Reus, Madrid, 1925, pág. 11.

(2) EDMUNDO MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de Rodríguez Muñoz. Segunda edición. Edit. «Revista Derecho Privado», t. I, pág. 365.

(3) FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho*. Traducción de Carlos G. Posada. Edit. «Revista Derecho Privado», Madrid, 1941, pág. 61.

gía. Otras lo saca al exterior, para vestirlo de sociología, de economía, de medio ambiente. Y otras, por fin, lo repliega a las hojas del Código, para adornarlo o disfrazarlo de juridicidad.

Pero siempre se juega, en definitiva, con esencias de las que ya somos dueños.

Cuando la inteligencia, inquieta por serlo, de imposible reposo hasta dar con la Verdad Suprema, se obstina en su vuelo perenne, en girar sobre lo mismo para descubrir o representarse facetas infinitas de las cosas, es prudente cortar su osadía y replegarla para que no se aleje de su base de partida y se exponga a confusión.

Una relación de tesis y teorías sobre el concepto del delito puede demostrarnos de cuántas formas podemos verlo y con qué ropajes distintos lo examinamos unos u otros.

Pero un serio repliegue de nuestro pensar y un propósito, utilitario sin duda, de limitar nuestra libertad de opinión, nos descubrirá el punto de partida libre de aditamentos, y el delito se nos presentará simplemente como una modalidad de nuestro comportamiento para con la sociedad.

Algo nuestro, humano, integrado en el despliegue de nuestra existencia. Que se enfrenta con algo de los demás, del todo, del complejo o conglomerado que constituye la vida en sociedad.

Sin lo primero, lo ocurrido será un acaecer, pero no un delito. Sin lo segundo, lo primero habrá sido funesto o conveniente, torpe o acertado, horrendo o bello, pero no encontrará la voz de eco que el delito requiere en la pared incommovible de la organización social.

Tal vez hoy sea conveniente replegarse a un concepto, diríamos empleando un término de actualidad, que simplemente existencial del delito. Admitir y dar por buenas las variaciones de su noción. Mas importa precisar en cada momento de la vida social su silueta. Los estudiosos han agotado su materia. El delito se ha presentado en mil maneras dignas de emprender su análisis. Pero la especulación debe replegarse de vez en cuando a la fría realidad. Al fin y a la postre, de tanta teoría si se deducían distintos procedes éstos eran todos de lucha contra el crimen. Y el crimen era siempre el disparo lanzado por el delincuente contra lo que la organización social había dicho ser suyo.

Hoy esa organización social reclama ser defendida. Algunos afirman que el Derecho penal encaja dentro de la Jurisprudencia de intereses, y el civil de la Jurisprudencia de conceptos (4). El primero se dota así de un realismo y vitalidad inconfundibles.

Las encrucijadas de la Historia se presentan como obstáculos formidables según su capricho para los hombres, para los pueblos, para las naciones. Hoy es el «todo social» el que se agita, se agrieta, se descompone. Guerras, revoluciones, luchas de ideas que como las ondas etéreas circunvalan el mundo.

(4) SILVA MELERO, *Relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Penal*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. Madrid, t. I, pág. 246.

Y en tan solemne y trascendental momento, el ataque del individuo al todo social es lo que destaca como fuerte nota en la silueta del delito, y desde ese punto de mira, básico y generalizador, es desde donde importa combatirlo.

Pero el delito no puede estimarse sólo como una conducta tendente en determinado sentido al todo social. Eso puede ser el punto de partida. Hasta ahí, la acción delictiva no ha pasado de ser una conducta o conductas individuales, en las que se observa y destaca una tendencia determinada.

La silueta del delito no se completa hasta que arrancando de ese punto de partida no concluye más tarde su trayectoria. Y esa trayectoria enlaza la conducta individual con otra determinada conducta del «todo social».

Pues bien, es precisa en el «todo social» una actitud o posición determinada. Y esta posición es compleja.

Hace falta primeramente que el todo social haya hecho una apreciación de un ser o sucedido de la vida y lo haya adoptado como suyo.

La vida es una sucesión constante de acaeceres, en donde juegan como peones los hombres y las cosas. Estos acaeceres son de mayor complejidad a medida que un mayor estado de cultura va imponiendo mayores exigencias de vida y descubriendo nuevos rumbos de actividades.

El «todo social» va recogiendo y encubriendo como suyos contenidos que se crearon y se desarrollaron a su margen. Otras veces él mismo puede crearlos. Y así, el «todo social» se agranda hasta mostrar el aspecto que hoy ofrece de verdadero gigante.

Pero no es sólo esa función integradora del «todo social» la que interesa para marcar la silueta del delito. Hasta ahí no ha existido más que labor de apreciación, de formación o absorción de contenido.

El «todo social» realiza también su función valorativa. Todo lo que vive hace constantemente una valoración. La facultad estimativa que en los brutos existe, les permite hacer valoración de lo que es conforme o contrario a su naturaleza. En el hombre esto se llama cogitativa.

Pues el «todo social» percibe de un modo semejante lo que es compatible o incompatible con su propia existencia. Y vive como en perpetua revisión de valores. Depreciando o revalorizando su propio contenido. En constante labor de medida.

Aquí ya se encuentra la actitud o posición del «todo social», necesaria para obtener la silueta del delito. Una conducta de ese todo que se haya apropiado como suyo de un «algo» de los que la vida se compone y lo haya valorizado hasta el extremo de pronunciar una condenación o una repulsa de todo lo que a ese «algo» se oponga. «El delito, dice Pessina, no tiene por objeto negar la

religión, la ciencia, la moral, la industria, la educación de la humanidad o del individuo; su objeto propio, directo e inmediato es el Derecho mismo, del que aquél es una rebelión» (5).

Pues en esa postura del «todo social» es donde termina la trayectoria de la representación del delito. Se inició en una conducta humana tendente al «todo social», y concluye en una conducta del «todo social» de apreciación y valoración que el Derecho realiza y que resulta herida por aquel proceder humano.

Si esa es la trayectoria, de recto perfil, su colorido se descubre con solo observar el de los extremos que enlaza. Parte de una conducta humana, individual, sin duda, pues en el orden delictivo sólo es correcto partir de la conducta del hombre o de la suma de hombres, pero nunca de nada distinto del mismo hombre. Y esa conducta se matiza de colorido social, puesto que es de su naturaleza tender a otra que es social por excelencia. Y termina en una actitud del «todo social», que bien para defenderse a sí mismo o a los propios individuos de que se integra, se sitúa en una postura de afirmación de su contenido y negación del contrario.

Luego una conclusión brota en definitiva. La silueta del delito se ofrece como eminentemente social. Sólo pensando en el «todo social» puede darse el arranque a la idea del delito. Sólo considerando la propia afirmación del «todo social», que como tal afirmación puede por alguien ser negada, es como cabe imaginar la existencia real del delito.

II

Pero conviene delimitar algo más esta idea del matiz social en la silueta del delito.

El «todo social» ocurre por el hecho de encontrarse situado el hombre entre los demás hombres, lo que previamente implica el hecho de encontrarse todos los hombres en la vida.

La vida se integra por un conjunto de acaeceres que naturalmente no pueden ocurrir por un constante azar. Entonces ocurriría el desorden, la destrucción, el aniquilamiento. La vida es un orden, y el espíritu vital radica esencialmente en el orden vital.

El orden supone un ordenador. Al ordenador se le llama así porque impone el orden. Luego su concepto de contenido positivo implica la existencia real o posible del contrario, del desorden. Si el ordenador se llama ordenador porque impone el orden pudiendo optar por el desorden es porque ese ordenador es libre.

Sólo dos seres son ordenadores en el acaecer de la vida. Los dos seres que en ella son libres. Dios y el hombre.

Recuerda el catedrático Elías de Tejada que Santo Tomás con-

(5) ENRIQUE PESSINA, *Elementos de Derecho Penal*. Traducción de González del Castillo. Edit. Reus, Madrid, 1936, pág. 277.

cibe el universo como la resultante de dos fuerzas combinadas: la omnipotencia de Dios y el quehacer libre del hombre; un dualismo en el que Dios pone la objetividad del orden, y el hombre la posible alteración de ese orden. Dios es causa primera y el hombre causa segunda del ordenamiento cósmico (6).

Dios ha establecido el orden magnífico de la Naturaleza. Existe en todo el universo, observa Taparelli, un principio innato de movimiento que tiende a cumplir los designios del Criador. Este principio es lo que solemos llamar Naturaleza (7).

Y en la Naturaleza ha colocado Dios al hombre, dotándole de libertad, que tanto radica en la voluntad como en la inteligencia, para que construya su orden y alcance así su fin. De esa forma será algo en el cielo prometido, pues si aquí somos cada uno un hacer, allí seremos los haceres que aquí hicimos. No se concibe un cielo rodeado de seres que de sí nada hicieron, limitado entonces al primero y único hacer del Criador. Un cielo en el que Dios se mostrase glorificado, pero rodeado tan sólo de tios-tos y macetas.

El hombre se encuentra en la vida situado en el orden de la Naturaleza por Dios creado. Y es su misión hacer su propio orden. Vivir es irse enraizando por medio de la libertad que Dios nos ha dado en el propio orden que Dios ha impuesto.

La perspectiva que la vida ofrece es entonces la de un orden de cosas extrañas al hombre, que acaecen fuera de la voluntad del hombre, y con las que el hombre se encuentra al hacer su vida.

El hombre pone en ellas su actividad, y así origina que junto al curso o cadena causal de las cosas se desarrolle el curso causal humano, consecuencia de aquella actuación del hombre. La voluntad somos nosotros mismos, dice Saldaña, proyectándonos magníficamente sobre el mundo exterior para modificarle (8).

Ahora bien, el hombre no vive sólo en la vida. El hombre se encuentra situado en ese orden y acaecer de la Naturaleza. Pero se encuentra situado juntamente con los demás hombres. Junto al proceso causal que él produce, están los procesos causales de todos sus semejantes. Y es en esa cadena de acaeceres, divina en parte, humana en parte también, en donde el «todo social» realiza la labor de apreciación y valoración que antes referíamos.

Si la acción del hombre que marca su proceso causal resulta contraria a la estimación que el «todo social» ha hecho, aparecerá la silueta delictiva. Pero la actitud del hombre puede ser también de no hacer, de dejar correr el proceso causal de la Naturaleza, de no poner el suyo propio para lograr lo que el «todo social»

(6) ELÍAS DE TEJADA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Madrid, 1946, cuaderno II, pág. 80.

(7) LUIS TAPARELLI, *Curso elemental de Derecho Natural*. Traducción de G. Tejado. Madrid, Librería Católica Internacional, 1871, pág. 17.

(8) QUINTILIANO SALDAÑA, *Adiciones al Tratado de Derecho Penal* de Franz von Liszt. Edit. Reus, Madrid, 1927, t. II, pág. 429.

ha estimado. La reprobación del «todo social» tiene que ser entonces la misma.

El hombre habrá dejado de hacer, de realizar su vida, cuando el «todo social» estimaba que ese hacer le era preciso. La silueta delictiva resultará así matizada de un contenido social, y de un sentido de hacer, pero lo mismo referido a un hacer contrario a la valoración del «todo social» que a un dejar de hacer contrario igualmente a esa valoración.

En esta manera de pensar el delito, nada significa entonces que éste sea por acción o por omisión. En ambas formas destacan por igual sus características de actitud individual de tendencia al «todo social», de lesión a lo que el «todo social» ha apreciado y valorizado, y el resultado de tomar posición en el orden de acaeceres de la Naturaleza distintos a lo que el «todo social» quiere incrustar o mantener en el mismo.

Pero diríamos, a pesar de esa similitud, que el delito de acción es de más bulto que el de omisión. Resalta más, a la vista de cualquiera. Uno y otro son infracción de un precepto. El primero de un precepto prohibitivo. El segundo de un precepto ordenativo, pero el precepto prohibitivo, al que se ha vinculado la existencia de un delito, suele ser de mayor significado y tener relieve más marcado que el precepto ordenativo.

Históricamente se comprende así también. Pese a que el hombre por su naturaleza y por el hecho de encontrarse entre los demás hombres, es evidentemente un ser social, las teorías que fundamentan el fenómeno de lo social tienden a engarzarlo más que a una necesidad del complemento del individuo, a una necesidad de limitación del individuo para que el hecho social pueda realizarse. Es el hombre que dimite parte de sus derechos para con ellos integrar los derechos del «todo social».

Esa necesidad primordial de autolimitarse se explica si se considera que es difícil al hombre concebir nada que primeramente no esté dentro de sí. Es el hombre quien tiene un fin que cumplir. El fin que con la creación Dios se haya propuesto, sólo Dios lo sabe. Nosotros sólo sabemos el fin nuestro, y que cada uno tenemos uno. O más propiamente, que el mismo fin de todos es para cada uno fin íntegro, como si los demás no lo tuviesen también.

Por eso, los derechos y las obligaciones son en definitiva personales, aunque los mismos miren a nosotros mismos, al «todo social» o a Dios. Y así, el «todo social» lo integramos con aportaciones de nuestro yo individual. El mayor orgullo del hombre es considerarse un microcosmos, con lo que sabiéndose por revelación el rey de la Naturaleza, ve en sí mismo una concreción de todo lo creado.

De los griegos arranca la idea de que una identidad entre naturaleza, razón y cosmos nos hace inteligibles el mundo exterior que nos rodea. Sócrates pregunta si es posible un adecuado cono-

cimiento de la naturaleza del alma, prescindiendo de la naturaleza del universo (9). Y la filosofía idealista mantiene esa identidad, viendo las mismas reglas en el mundo del pensamiento que en el mundo del ser. «Lo que es racional es real y lo que es real es racional», es el principio hegeliano (10).

El hombre, si se vió a sí mismo necesitado del auxilio de sus semejantes, también observó en él algo de plenitud o totalidad que había de limitarse para la convivencia social.

No es de extrañar por ello que las disposiciones prohibitivas destaquen en la formación del todo social, con colorido mayor que las ordenativas. Y así, los delitos de acción resalten con mayor vigor y transcendencia que los delitos de omisión.

El proceso histórico de los delitos de acción integra toda la historia conocida de la criminalidad. En ella se ha estudiado la frecuencia mayor o menor del crimen, su intensidad según fuesen sus actos reveladores de crueldad más o menos marcada, e incluso la trayectoria de sus direcciones. De todos es conocida la evolución que Nicéforo marca de la delincuencia violenta a la fraudulenta. Von Liszt las denomina delincuencia blanca y de color (11).

Sobre los delitos de omisión no existen estudios semejantes. Pero a la vista está su proceso creciente bien marcado. Y nos atreveríamos a decir que marcado no sólo en extensión, sino también en intensidad. Lo primero porque su campo cada vez es mayor. Lo segundo, porque cada vez ahonda más en significación y transcendencia la actitud de omisión en el proceder social.

No cabe duda de que el área de los delitos de omisión tiene que extenderse. El «todo social» se agranda. Decíamos que hoy es un gigante. Aquel su primer comienzo de simple limitación de contenidos de personas individuales, queda tan lejano que sólo se descubre en el reconstruir especulativo del pasado, de lo que tantas veces se compone la Historia. Hoy el «todo social» suma y aglomera preceptos y preceptos con idea agotadora de todas las posibilidades de la existencia. Es fácil comprender que a mayor número de mandatos, corresponderá una mayor suma de infracciones por omisión de los mismos.

Pero afirmamos también que la delincuencia por omisión aumenta en intensidad. Lo que antes se omitía por derecho o por ser campo abierto en donde el Derecho no había penetrado, hoy se omite con tono de grave desvío de lo que el «todo social» persigue. Porque hoy se valora no sólo lo que el «todo social» prohíbe, sino lo que resulta de dirección opuesta a lo que el «todo social» se propone.

En realidad la explicación de esta mayor exigencia radica en

(9) SÓCRATES, *Fedro*, 270 c.

(10) JULIÁN MARÍAS. *Historia de la Filosofía*. Edit. «Revista de Occidente», segunda edición, pág. 277.

(11) FRANZ VON LISTZ, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, pág. 365, traducción de Jiménez Asúa. Edit. Reus, Madrid, 1927.

un cambio del concepto de libertad, lo que a su vez supone una concepción distinta de vida del hombre.

La libertad se estimó siempre como un bien. Pero no se creyó siempre en ella como algo unido a la misma noción del ser humano. Como facultad del hombre ha sido afirmada y negada constantemente. Las cosas que se demuestran con argumentos de razón, encuentran con facilidad razones en contrario más o menos aparentes. La libertad es un fenómeno observable. Pero si despreciando esa experiencia que cada uno posee de sí, trata de buscar con la especulación lo que a la mano tiene, la libertad parece que se esfuma y son necesarios refuerzos de argumentación para de nuevo sacarla a flote.

Como condición social o política del hombre, la libertad ha tenido en la historia sus momentos de mayor o menor relieve.

El siglo XIX se señaló como siglo liberal por excelencia. El horizonte del mundo ofrecía amplios panoramas de libertad. Se tendía a lograr una libertad, panacea de todos los males.

Lo que se esperaba era como en redención o contraste de un pasado que con fundamento mejor o peor estudiado se estimaba de opresión.

Frente a los viejos colectivismos, o modulaciones de vida impuestas por poderes de tipo espiritual o temporal, se ofrecía como mejor perspectiva la de la persona humana íntegra, desplegando libremente a todos los aires su propia actividad.

La legislación se hizo celosa pregonera y defensora de la persona humana, casi divinizada. Y esta tal persona, reina y señora del vivir, desligada de ataduras que acababa de romper, no acertó sino a girar sobre sí, y se modeló con un recio individualismo y un egoísmo grosero.

En pueblos de sentido anarquizante, cual los pueblos meridionales, esa labor se destacó. De los españoles decía nuestro Ganivet que el ideal de cada uno era llevar una constitución política en el bolsillo que dijese: Este español está autorizado a hacer lo que le dé la gana (12).

Han transcurrido los años, y, como en todo, ese transcurso es solución de problemas. Los problemas de la vida se resuelven o el tiempo les diluye. Nada indica que desde el Poder se ejercite hoy mayor o menor opresión que cuando hace un siglo se alzaban al grito de ¡libertad! barricadas en las calles. Y sin embargo, esas barricadas no se levantan. Y si se levantan, los que dan el grito de libertad son los que están en el Poder, contra quienes los sublevados se dirigen.

Algo ha ocurrido que ha trocado los papeles. La explicación es sencilla. Hace un siglo se creía asistir al nacimiento de la personalidad humana, perdida antes o borrada en organizaciones de clases sociales, o estatales o de la Iglesia. Pomposamente se os-

(12) ANGEL GANIVET, *Idearium español*.—Granada, 1906, pág. 57.

tentaba esta creencia desmedida. Todo era en buena parte reflejo y engaño del espíritu de la revolución. Pero al menos no puede negarse que se asistía al nacimiento de un concepto de ciudadano político.

Hoy lo que se siente es la vejez de ese ciudadano. Y aquí sí que no es pomposidad, hablar de que se observa la decadencia de toda la personalidad humana. Y al igual que en el siglo XIX, se enfrenta ahora esa personalidad con una opresión que, de triunfar, definitivamente la asfixiaría. Pero no es de una opresión pasada, de la que el hombre se libera, sino de una opresión futura, a la que el hombre va lanzado.

La consecuencia es la contraria de la situación anterior. El hombre, en lugar de divinizarse, se desilusiona. Ya no fía en sus propias fuerzas. Ya reniega, aunque a veces sólo sea en convicción expresada de palabra, de su egoísmo individualista. Busca el agruparse a los demás para ensayar soluciones y adoptar posturas. Y siempre dimitiendo de aquella plena soberanía en sus cosas y en sus acciones, de que se veía o se creía dotado el hombre de final y de principio de siglo.

La noción de libertad del siglo XIX no tiene hoy sentido. El concepto de vida a que respondía, hoy se juzga feliz ilusión de nuestros abuelos.

Tal vez el concepto de vida no lo hagamos nunca nosotros. Como de hecho vivimos, la noción de vida la tenemos impuesta. Es algo que sobre nosotros está, en cuyos cambios no somos fautores, sino los que directamente los experimentamos.

Pues esa variación de un siglo a esta parte se ha producido y naturalmente ha trastrocado el viejo concepto de libertad.

Hoy no se construye el ideal de persona humana con el lema utópico de máximo de libertad y mínimo de ligaduras, sino con razonado encaje en un vivir que exige ligaduras por todas partes. Hoy no se lanza el hombre a conquistar su libertad para con ella hacer su vida, sino que siente y sabe que su vida está en la de todos y que es con todos con quienes a la vida tiene que ir.

Así el orden de lo social, de lo colectivamente organizado, va dominando en la vida sobre el orden individual, de la iniciativa y actividad privada.

El hombre no deja de sentirse libre por verse cada vez en mayor grado, ligado al «todo social». Y el «todo social» valora entonces no sólo las actividades, sino también las conductas de omisión que implican un apartamiento de la conducta conjunta, cada vez más gigantesca. Conductas de omisión que son así en su transcendencia cada vez más extensas y cada vez de mayor intensidad y significado.

III

Se explica por lo dicho la importancia que hoy adquiere la conducta de omisión. Pero resalta principalmente el papel singular que hoy puede jugar la figura delictiva que se ha venido conociendo por los nombres de impropios delitos de omisión o delitos de comisión por omisión.

Estas actuaciones, cuya ilicitud ha sido puesta en duda sólo con timidez y reparos, diríamos que algo vergonzosamente, se han llevado al campo de lo penal.

Se ha distinguido, naturalmente, la omisión propia de la impropia. La primera supone quebranto de un precepto ordenativo, no hacer lo que la ley manda. La segunda implica atentado a un precepto prohibitivo, al tolerarse lo que está prohibido o provocarse por la omisión, y a un precepto ordenativo, al no hacer lo preciso para evitar se realizase el resultado contrario a la ley.

Y en esta omisión impropia se han distinguido por su diferente trascendencia dos clases distintas: la equivalente a la acción, por reunir una finalidad igual a la que con la acción podía perseguirse, cual la madre que quiere matar a su hijo y en lugar de asfixiarlo no le da el pecho para que muera de hambre. «En el mismo no hacer el hombre es siempre activo, aunque las apariencias nos le muestren inerte, porque la actividad se repliega sobre sí misma, determinándose a no obrar y persistiendo en tal determinación», dice Pessina (13). Y la no equivalente a la acción, por no reunir una finalidad que la caracterice al modo que el fin caracteriza a las acciones; supuesto en el cual la omisión, desplazada de la línea causa a efecto, o principio a fin, parece alejarse del campo de lo penal. El transeúnte que no separa del charco a un niño que en él ha caído o al que por alguien ha sido arrojado y que va a perecer ahogado. Ni es causa ni es principio ese transeúnte de la dolorosa situación de esa criatura, que tal vez tenga una causa u origen delictivos. Pero el resultado contrario a la ley, la muerte violenta de esa criatura, va a producirse a la vista y paciencia del transeúnte.

La doctrina aquí se deshace en distinguos. El genio previsor de los alemanes quiere agotar los supuestos. Debe alejarse por odiosa del campo penal la figura del tercero independiente. Este tercero incurre en delito de comisión por omisión si su actuación legalmente es esperada. Y lo es si se trata de persona que por su relación con la víctima o con la situación producida, tiene legalmente obligación de intervenir.

El padre está siempre obligado a salvar al hijo. La obligación puede derivar de un convenio precedente; el guía alpino no puede sin más dejar al alpinista perdido en la montaña. O tam-

(13) PESSINA, *ob. cit.*, pág. 279.

bién si es ese tercero cuya actitud se discute, el que ha provocado la situación de peligro; quien por descuido deja a otra persona cerrada en una habitación, no puede omitir el ir después a abrirla, y es en él esperada esa situación posterior de ir a abrir la puerta, cuya omisión se estimará delictiva (14).

Pero los distingos no se agotan. El tercero puede ser un auténtico tercero, y no encontrar el modo de engarzarle al campo penal ni aun a través de obligaciones morales o económicas.

Si aquel transeúnte no era más que un transeúnte, ¿de dónde derivar su responsabilidad en la muerte del niño? ¿Cómo construir la antijuridicidad de su conducta?

Estos casos, buscados siempre en la dialéctica como casos de relumbrón, casos de caricatura que alguien llama, asustan al menos sensible. Pero su incriminación hiere otra sensibilidad contraria. La de quienes estiman que el penar tales omisiones, es exigir a cada instante un modo de conducta; y como las situaciones en las que esas conductas resultarían exigibles no pueden preverse, ocurriría que el Poder público tendría un amplio portillo por el que censurar y en definitiva castigar conductas indeterminadas de los ciudadanos.

Tal precaución debe datar de fechas lejanas. El romanista Arias Ramos refiere de la Ley Aquilia sancionadora del daño intencional o negligente que requería un acto positivo, no castigando los daños producidos por abstenciones; y que la interpretatio admitió el delito en casos en que la abstención estuviese relacionada con un acto anterior positivo: el que enciende un horno y se echa a dormir incendiándose la casa. Luego la responsabilidad parece sólo del que previamente incendió (15).

La ciencia penal muestra igual grado de prudencia:

Pessina afirma que la omisión sólo es punible en cuanto es violación de un deber especial de hacer alguna cosa (16).

Mezger niega la existencia de un deber general de auxilio (17).

Jiménez Asúa comenta el artículo 27 del Código penal de 1928, que decía: «Constituirá en todo caso omisión punible la de quien, estando en condiciones de prestar auxilio, sin perjuicio ni riesgo propio, no realice los actos que estén a su alcance y sean necesarios para evitar los daños y peligros que puedan sufrir personas o cosas.» Y el penalista comenta: «podría pensarse por el lugar que ocupa este precepto y por los términos de su redacción que se trataba de definir una forma general de todos los delitos... En tal caso este precepto sería peligrosísimo» (18).

(14) Véase el epígrafe sobre «el deber de actuar», en MEZGER, *ob. cit.*, página 291.

(15) ARIAS RAMOS, *Derecho romano*. Edit. «Revista Derecho Privado», 1943, t. I, vol. II, pág. 129.

(16) PESSINA, *ob. cit.*, pág. 279.

(17) MEZGER, *ob. cit.*, t. I, pág. 298.

(18) JIMÉNEZ ASÚA y ANTÓN ONECA, *Derecho Penal conforme al Código de 1928*. Edit. Reus, Madrid, 1929, t. I, pág. 120.

Según Antón Oneca, los casos de comisión por omisión deben quedar reducidos a los «equivalentes a la acción», por no haber precepto de carácter general que los extienda a otros hechos, como el artículo 40 del Código italiano (19).

Cuello Calón exige siempre el deber jurídico de obrar. «Si el sujeto en cuestión no tenía deber jurídico de obrar no existe omisión ni delito alguno.» Pero cita la opinión de Traeger: «Cuando la conducta activa sea absolutamente necesaria para el mantenimiento del orden y de la seguridad social, debe equipararse con la producción del resultado el hecho de no impedirlo; mas en otros casos debería establecerse una graduación de la penalidad proporcionada a la importancia social del deber de impedir el resultado.» (20)

En definitiva ese criterio de prudencia, unido al reparo de carácter técnico de imposibilidad de encontrar, ni por analogía ninguna relación causal, es lo que hace retirar prudentemente del campo penal continuas actitudes de omisión.

Sea de ello lo que fuere, es lo cierto que la nueva conciencia social, contraria a toda posición de egoísmo individualista, ha de ir borrando por su intrascendencia la distinción de delitos de acción y de omisión en cualquiera de sus formas, vinculando cada vez más a las personas a una intervención obligada y reprochando más fuertemente toda actitud inhibitoria por exculpada que parezca.

La observación no es de ahora. Cita Sánchez Tejerina el dicho de Montesquieu: «la ley penal ha de adaptarse al sentimiento de las sociedades, y la sensibilidad social tiende hoy a castigar ciertas abstenciones» (21). Y en sentido semejante Carrara, aunque pone como premisa necesaria el «derecho exigible a la acción omitida», advierte que los delitos de inacción se extienden considerablemente en aquellas legislaciones que admiten el principio de la «solidaridad defensiva» de los ciudadanos (22).

En las islas Filipinas existe un proyecto de reforma del Código penal vigente, promulgado en el año 1932, pero trasunto del dado por España a aquellas islas en 1887, a su vez derivación del español de 1870 (23).

En ese proyecto se tipifica en los delitos contra la sociedad «la desatención reprochable de los deberes cívicos», que se enuncia de la siguiente manera: «es la obligación moral para con la sociedad

(19) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*. Madrid, 1949, tomo I, pág. 173.

(20) EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*. Edit. Bosch, Barcelona, 1948, tomo I, pág. 296.

(21) ISAÍAS SÁNCHEZ TEJERINA, *Teoría de los Delitos de omisión*. Edit. Reus, Madrid, 1918, pág. 13.

(22) CARRARA, *ob. cit.*, pág. 64.

(23) ALFONSO FÉLIX, *Reforma del sistema penal de Filipinas*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid, t. I, pág. 407.

o sus componentes, que el sentir general o la conciencia pública impone a todo individuo que convive con los demás miembros de una comunidad civilizada, de ser útil y de prestar a sus semejantes el servicio que las circunstancias de cada caso demanden.» Y lo explica la exposición del proyecto en párrafos de marcada significación: «el filipino, apático de suyo, ha sentido la perniciosa influencia de esa ola de indiferentismo imperante en esta época de grosero y egoísta materialismo»; «es corriente acudir a contemplar un incendio como a un espectáculo»; «a compensar tan censurable insubordinación contra el precepto divino, amarás a tu prójimo como a ti mismo...»

IV

El delito de acción ataca directamente al precepto prohibitivo. Hace lo que la ley prohíbe. El delito de omisión dirige sus dardos hacia el precepto ordenativo: omite lo que la ley ordena.

En ambos se ha investigado la cadena causal. En el delito de acción se ha descubierto una rica gama de causas y concausas. Tantas, que a veces parece que la investigación se ha salido del campo de lo investigado. En la vida todo es causal y todo es compuesto. El delito sin duda también lo es. Pero cuando lo que se investiga es un fenómeno vital como el delito, es fácil desenfocar la investigación, porque parece que el hecho que se observa como hecho vital tiene algo propio, «sui generis», y es así distinto de las causas que lo producen y de la simplicidad de los elementos que lo integran.

La causalidad en los fenómenos vitales sólo puede admitirse con un cierto tono de relatividad, sin ninguna pretensión de postulado absoluto. Sería cerrar toda la fuerza del impulso vital que en la Naturaleza existe.

A veces, las disquisiciones y teorías de la causalidad, se hacen por tratadistas más o menos enrolados a la tesis Kantiana. Y precisamente para Kant, la causalidad es una categoría del ser, no algo que existe en las cosas, sino tan sólo algo pensado por nosotros en las cosas. Pues, o se mantiene la vida en los terrenos del más puro y viejo idealismo, o si de ellos se desciende para situarla en un ámbito real y existencial, aquellas elucubraciones de la mente para dotar de causalidad a las cosas, resultan verdaderas trabas para examinar el claro acontecer de los hechos cotidianos.

Algún autor, como Mayer, niega la necesidad de una teoría de la causalidad en Derecho penal (24). Tal vez pueda admitirse que para el estudio del delito sobra mucho de la teoría de la causalidad.

En los delitos de omisión la cadena causal ofrecía el punto obs-

(24) MEZGER, *ob. cit.*, t. I, pág. 230.

curo de su eslabón de arranque. Porque de una negación de actividad, ¿qué puede nacer? La nada, nada produce.

Para ello se apeló a la tesis de la relación causal por analogía. Una omisión es causa de un sucedido en forma análoga a como un hecho puede ser causa de otro. Pero sólo análoga. Porque si la causa en buena filosofía tiene en sí encerrado el efecto, la nada no puede encerrar nada. «Sobre el cálculo de la fuerza causal—dice Antón Oneca—para impedir el resultado de la acción debida, se puede declarar de un modo analógico que la omisión ha causado el resultado» (25).

Todas estas cuestiones producen la sensación de que el tema se ha desbordado. El delito se ha querido examinar en sus causas, en sus elementos. Los horizontes de investigación han resultado indefinidos. Los componentes del acto delictivo, de una inabordable complejidad. Pero parece que se ha perdido la idea previa del delito. La meta de donde se partía y adonde se quería llegar.

A fuerza de examen, el delito, fenómeno vital, ha sido desvitalizado. Las sinuosidades de la teoría de la causalidad o de la teoría de la acción, nos llevan a un laberinto especulativo, en el que la silueta del delito casi se esfuma. Dice el Padre Cathrein que los tratadistas emplean en estos preliminares de «acción» demasiada atención y agudeza de ingenio (26). Y en definitiva la noción de «acción» tiene que adoptar una configuración «sui generis» para su juego en el campo penal. Recuerda Antón Oneca la controversia sobre si la acción es concepto naturalístico o jurídico; es decir, si pertenece al mundo de la realidad natural o si es concepto valorizado jurídicamente. Antón concluye que «el hecho base del juicio penal pertenece a la realidad natural, pero está jurídicamente delimitado y sistematizado» (27).

La forma más cruda de la teoría de la causalidad es la de la igualdad de las concausas. Todo lo que suprimido «in mente» produciría la desaparición del resultado.

Esa forma cruda, que más bien parece una fórmula de las «ciencias exactas», cede de su crudeza con los aditamentos de la causa relevante o de la causa adecuada. Es una labor de acoplamiento de fórmulas extrapenales, a la necesidad de construir el Derecho penal para combatir el hecho real del delito.

Pero parece hemos sobrepasado el tema. El delito es fenómeno vital, la acción de un viviente. El Derecho penal persigue el delito. Lo que le importa es la actuación de ese viviente. El cuadro de lo material en donde el delito se haya producido, sólo interesa en cuanto querido por ese viviente.

La vieja teoría de la culpabilidad moral nos da la clave. En definitiva se busca esa culpabilidad, descubrirla, esclarecerla, gra-

(25) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, t. I, pág. 172.

(26) P. VÍCTOR CATHREIN, *Principios fundamentales del Derecho Penal*. Traducción de S. Tejada. Edit. Gustavo Gili, Barcelona, 1911, pág. 166.

(27) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, t. I, pág. 161.

duarla. Pues en su busca, y si esa culpabilidad moral consiste en la aceptación del delito por la voluntad que luego lo produce, lo que interesa es examinar esa voluntad como causa del delito. Todo lo que sea investigar la causalidad, prescindiendo de igual aditamento de «moral», es desbordar el tema.

El crudo concepto de causalidad material resulta de difícil encaje, y la doctrina tiene que darle también una configuración especial para poder traerlo a cuento. Así se explican estos párrafos de Mezger: «La conexión causal en el sentido del Derecho, es más restringida que la conexión causal en sentido natural, teniendo en cuenta el fin propio del Derecho, por lo que debe excluirse de la causalidad en el ámbito jurídico todo lo que no corresponda a la regla de vida.» Esta es afirmación de von Bar (28). Pero Mezger también dice: «La posibilidad de distinguir diversas formas valorativas de participación en el delito, no obstante el igual valor causal de las distintas condiciones del resultado, descansa en el hecho de que equivalencia causal no supone al mismo tiempo igualdad valorativa jurídica» (29).

Y el desplace de la causalidad material hacia la causalidad moral, se impone. Carrara, citado por Ferrer Sama (30), en el caso del que sitúa una escalera para que otro suba a robar pero éste sube a matar y mata, desecha toda responsabilidad del primero por participación en el homicidio, pues «una complicidad constituida por la mera cooperación material sin concurso de la voluntad específica, es un absurdo legal».

La verdadera causa eficiente del delito, según el Padre Montes, es la voluntad. Los factores antropológicos, físicos o sociales, no producen jamás por sí solos el delito. Y en todo caso hace falta, para que el acto constituya delito, que la voluntad conserve el dominio sobre todos los motivos... (31).

El jesuíta Padre Pereda, profesor de Derecho penal en Deusto, en un estudio publicado en la revista «Pensamiento», correspondiente al segundo trimestre de 1946 (32), rechaza la asimilación entre causa y condición que implica la doctrina de von Buri sobre la equivalencia de las concausas. «Aunque bien es cierto que con una mera condición se puede ser autor en Derecho penal... La causalidad física apenas si nos interesa en Derecho penal; la causalidad moral lo llena todo... La causalidad moral consistirá, en resumidas cuentas, en una voluntad consciente y libre que se vale y aprovecha de la causalidad física... La distinción entre causa y

(28) MEZGER, *ob. cit.*, t. I, pág. 231.

(29) MEZGER, *ob. cit.*, t. II, pág. 246.

(30) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, primera edición. Murcia, 1947, t. II, pág. 25.

(31) P. JERÓNIMO MONTES, *Precursos de la Ciencia Penal en España*. Librería Victoriano Suárez, Madrid, 1911, pág. 171.

(32) *El principio de causalidad en el Derecho Penal*, «Pensamiento». Revista publicada por las Facultades de Filosofía de la Compañía de Jesús en España. Año 1946, pág. 179.

condición al hablar de la causalidad física, no tiene tanta trascendencia cuando la trasladamos y referimos a la causalidad moral, que es la que nos interesa... El que pone una condición que actualiza la causalidad física, es claramente causa moral del resultado y, por tanto, plenamente responsable...»

En sentido idéntico, el Padre Gemelli: «Las circunstancias ambientales son sólo condiciones del delito... No es justo, por consiguiente, hablar de «causas exógenas» y de «causas endógenas» del delito. El delito se consume todo él en la personalidad humana que lo idea, que lo prepara, que lo realiza» (33).

Y desde este punto de vista de la causalidad moral, del hombre causa de sus actos, las complejidades de las concausas en el delito de acción y las dificultades de hallar el arranque de la relación causal en el delito de omisión, se atenúan o desaparecen.

El hombre es causa moral del resultado producido por su omisión. En el mismo modo que lo es del resultado originado por su acción. La causalidad moral se entronca en la voluntad humana. La voluntad es facultad de tendencia. Cuando tiende a la vulneración del bien jurídico especialmente protegido, de lo que el todo social marcó como suyo y protegió especialmente, es causa del delito que se produce.

Si la libertad humana se niega, es lógico que el «*iter criminis*» no encuentre base suficiente en que apoyarse, si sólo pretende hacerlo en la decisión del hombre. Porque esa decisión será causada. No surgirá por sí misma como un «*fiat*» misterioso, misterio con el que se quiso ridiculizar la tesis de nuestra libertad de determinación.

Pero si el hombre es libre, será de esencia en su propia libertad, que su facultad de decisión sea causa de lo que decide, y lo decidido sea su efecto.

Cualesquiera circunstancias o requisitos que concurrieren a formar su decisión, podrán ser otros tantos motivos o consideraciones que un día integraron el panorama por el que su libre voluntad paseó la vista antes de decidir. Pero esa libertad, por el hecho de existir, se arrogó para sí el acto de causación, y cuanto después del momento de su decisión se produce es el proceso causal que la libertad del hombre origina.

La voluntad es entonces causa en cuanto quiere la realización del acto delictivo. Que la realización sea por medio de una acción o de una omisión, es cosa que afecta a la forma de la cuestión, pero que no llega al fondo. El fondo se integra por el querer de la voluntad.

Son palabras del Señor en el Evangelio de San Marcos: «Lo que del hombre sale, esto contamina al hombre; porque de dentro del corazón de los hombres salen los malos pensamientos, fornicación

(33) AGOSTINO GEMELLI, *La personalidad del delincuente nei suoi fondamenti biologici e psicologici*. Nota bibliográfica del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid, t. I, pág. 586. ,

ciones, hurtos, homicidios, adulterios, codicias, maldades, dolo, libertinaje, mal ojo, maledicencia, soberbia, privación del sentido moral» (34).

V.

Exponíamos que en los delitos de omisión, la relación causal se explicaba o se suplía acudiendo a una interpretación analógica. En forma análoga a la relación de causalidad, se ligaba el resultado con el sujeto agente. No a través de una acción, sino de una omisión en la que se fingía o se suponía la misma fuerza eficiente.

Existen en ambas clases de delito los términos de sujeto y resultado. Y además un medio, que bien sea acción por sí eficiente, u omisión de eficacia análoga aun sin el «per se» que a la acción acompaña, es siempre atribuible al sujeto.

Pero en los delitos de comisión por omisión la cuestión es de mayor complejidad. Porque la actitud omisiva no es el «medio» productor «per se» o análogo del resultado; ni tiene relación alguna con el sujeto realmente productor del resultado; y sólo estrictamente con dicho resultado encontraría un ligamen en cuanto asociada al mismo por una actitud consentidora, pero fuera de toda relación de causalidad.

En el ejemplo ya indicado del transeúnte que deja perecer ahogado al niño que encuentra caído en el charco, el niño no está allí por nada que haya hecho u omitido el transeúnte. La pasividad del transeúnte no liga como medio la causa originaria de que el niño esté allí y el resultado de que perezca ahogado.

Sin embargo, la conducta de ese transeúnte es a todas luces reprochable. Y en una teoría de la causalidad moral, encuentra la justificación de tal reproche.

La causalidad material y estricta, no halla aquí los puntos de engarce de la cadena causal. La causalidad moral, en su marco de actuación dentro de la voluntad libre, lo encuentra más fácilmente.

El hombre es responsable moral de sus acciones porque es causa moral de las mismas en cuanto las quiere.

Pero los resultados queridos por el hombre pueden ser o por él provocados o por él aceptados en cuanto que no los evita pudiendo hacerlo en un orden de cosas que se le presenta y al que hasta entonces era extraño.

Los resultados se producen por sus causas y por sus condiciones y en sus ocasiones. Físicamente medidas, las causas, las condiciones y las ocasiones, tendrán fuerza o valor diferentes.

Pero en el orden penal, el concepto de causa moral puede abarcar no sólo el propiamente de causa, sino también el de condición y el de ocasión. Basta para ello que el que haya actuado, haya querido el resultado delictivo. Con una simple condición se puede

(34) San Marcos 7-20.

ser causa moral de un robo: abriendo la puerta a los ladrones. Las ocasiones juegan papel preponderante en la ley penal, si son queridas por el delincuente: hacer el robo de noche, en despoblado, con ocasión de una catástrofe. El que provocase la catástrofe para la más fácil realización del delito, sería autor de ese delito aunque después en él no interviniese.

Por consecuencia la voluntad delictiva puede ser voluntad de causación o voluntad de condición o de ocasión tan sólo. Y de igual manera que puede encontrarse la causalidad moral, en la causa, en la condición o en la ocasión de la acción, puede ser habida en la causa, en la condición o en la ocasión de la omisión. Bastará con que el resultado para el cual la omisión es necesaria o simplemente conveniente o favorecedora, haya sido querido por quien se atiene a esa conducta omisiva.

Ahora bien; a veces resultará impreciso determinar cuáles son las condiciones de un suceso. En el caso que citamos será el agua, será la constitución del niño que no le permite levantarse. ¿Qué tiene que ver con todo esto el transeúnte?

Mas esta duda surge por no alejar debidamente el problema de la estricta causalidad material. Por olvidar así la condición de fenómeno vital que el delito ostenta.

La misma dificultad que encontraba la tesis de la causalidad material y que la teoría de la causalidad moral salvaba, surge aquí si se encierran los conceptos de causa, condición y ocasión, en límites diríamos meramente físicos de una trayectoria causal.

Pero ante una noción más concreta y patente, más vital del delito, lo engarzaremos con todo el cuadro de sucesos propios y extraños en el que el delito se produce.

Condición de un suceso será entonces todo el cuadro exterior en el que el suceso ocurre. Y al apreciar el delito, fenómeno de vida, será necesario apreciar si todo ese cuadro exterior se ha desenvuelto normalmente, conforme la regla de vida requiere se desenvuelva. Porque las anormalidades en el mismo observadas, en cuanto son queridas, se han convertido en causas morales del delito.

Nuestra observación es la de un suceso anormal, tanto más censurable si el niño no cayó al charco por accidente, sino si en el charco fué metido por ánimo parricida.

Tal observación se ofrece idéntica al transeúnte. Presencia la misma escena e incluso sabe su origen. Le consta estar en presencia de una muerte anormal, causada por la violencia de los elementos o de otras personas. Pero el suceso tiene ahora otro personaje. Un espectador que está en condiciones de evitar tal muerte violenta. No pueden ser extrañas al criterio juzgador del sucedido, la existencia y actuación de ese personaje. Si ese personaje es un paralítico, el juzgador se moverá a compasión viéndole víctima de la presencia de un triste espectáculo. Si ese personaje

es un hombre hábil, moverá a su juzgador a repulsa al verle consentidor del triste espectáculo.

Y ese transeúnte se verá a sí mismo involucrado en el cuadro del sucedido. Por azar de la vida, ha pasado a ser personaje del mismo. Y a consecuencia de esa anexión, el transeúnte tendrá ante sí inmediatamente el dilema de actuar salvando al niño, o dejarle perecer. No son lo mismo, al decir de Carrara, los actos culposos que los actos negativos; en los delitos de omisión el cuerpo permanece inactivo, pero el ánimo está en actividad; en los culposos el cuerpo puede estar activo, pero el ánimo permanece inactivo (35).

Pues aquel transeúnte, desde el momento en que fué incorporado al suceso, hubo de poner necesariamente su ánimo en actividad, bien para tolerarle, bien para impedirle. En una u otra forma asoció su ánimo al mismo.

La quietud del transeúnte, nuevo personaje en la escena delictiva, es «condición precisa» para que el efecto antijurídico se produzca. Pongamos al transeúnte en situación de actuación normal, y la muerte no se habrá producido.

Y como de tal «condición precisa» es autor el transeúnte, porque en la tesitura necesaria de mover su ánimo quiso y optó por la pasividad en lugar de adoptar una conducta activa, ese transeúnte es causa moral de la muerte del niño.

En el cuadro del suceso descrito, todos sus elementos integrantes debieron de actuar conforme a la regla de vida. El Magistrado, al reproducir los hechos «in mente» para formar su convicción, así habrá de exigirlo. Hay un extremo en el cuadro que ha fallado en tal funcionamiento. El Magistrado, en su función interpretativa, formando libremente su criterio, pero arrancándole de la forma de realización del sucedido, habrá de declarar, también por regla de vida a la que quiere atenerse, que ese transeúnte que permaneció quieto ante la muerte del niño, observó tal quietud porque en tal momento decidió su ánimo queriendo esa muerte.

VI

Por lo hasta aquí expuesto, estimamos que en toda conducta de omisión consentidora de un acto delictivo puede verse una cooperación o causalidad moral de ese acto, lo que ha de ser suficiente para poder medir en el mismo una responsabilidad penal.

Expuestos quedan anteriormente los reparos de los tratadistas a incriminar esas acciones.

El reparo de falta de relación causal se salva al desviarse de la estricta causalidad física y orientarse por los derroteros de la causalidad moral. El reparo del posible quebranto del principio «no hay delito sin ley que lo prevea», resulta de dificultad más del orden práctico que del orden teórico. Pues engarzada la conducta omi-

(35) CARRARA, *ob. cit.*, pág. 143.

siva con el resultado delictivo por medio de la causalidad moral, la dificultad teórica desaparece en cuanto el resultado si está tipificado penalmente. Y sólo queda la cuestión práctica de determinar cuando conforme a un normal sucedido de la vida, era esperada la acción omitida, y era esperada en grado relevante para suponer su fallo una conducta que el «todo social» ha reprobado.

Ni una exigencia de que el individuo viva en perpetuo estado de alerta, ni tampoco un consentimiento de que viva en un total abandono de todo lo que no sea el círculo de realidades en el que él mismo se haya situado.

Y toda cuestión del orden jurídico impregnada de un sentido práctico de la vida, es en la jurisprudencia en donde encuentra su desarrollo y su solución. La práctica jurisprudencial es la que tiene la clave de este asunto. La «conducta esperada» a que se refieren los tratadistas, considerada como regla de vida, es la jurisprudencia quien puede en su cotidiana labor ir la marcando.

En esa formación tendrá que atemperarse a las corrientes por donde hoy el «todo social» discurre, indudablemente de un mayor significado de lo social sobre lo individual. Algo así como si el centro de gravedad de la vida de los hombres en la tierra, se hubiese desviado de algún tiempo a esta parte.

Pero tal tarea jurisprudencial no se limitará a recoger o impregnarse de ese «sentido de la época», sino que realizará una evidente labor constructiva del más alto significado. Tan alto, que su actuación estará en las cumbres mismas del Derecho, en los puntos de engarce del Derecho con la Moral. La labor de los Tribunales tendrá entonces un pleno sentido ético.

El Derecho penal se ha visto siempre enriquecido con aportaciones extrañas. Pero a veces tan extrañas, que ha quedado desfigurado. La antropología, la psicología, la biología, la sociología, han vertido sin reservas sus contenidos al campo del Derecho penal que algún día se creyó agotado. El buen Juez tenía que ser a la vez un antropólogo, un psicólogo, un médico, un sociólogo. Tantas altas y buenas intenciones daban a la ciencia penal horizontes indefinidos y perspectivas inagotables. A veces la trayectoria llegaba al campo de las quimeras. Y se hacían tan bellas y románticas construcciones como el «Derecho protector de los criminales» de nuestro Dorado Montero (36).

¿Por qué recelarse ahora si sólo se pretende que la labor judicial pueda enjuiciar conductas enriqueciendo los fríos y estrechos cauces del precepto positivo con los sanos principios de la ética, guardadores del eterno vitalismo? «El proceso del Derecho, dice Carnelutti, se entiende en el sentido de que cada día es menor la diferencia cuantitativa entre Ética y Derecho, aumentándose así lo que llamaríamos la receptividad ética del Derecho positivo» (37).

(36) PEDRO DORADO, *El Derecho protector de los criminales*. Madrid, Librería Victoriano Suárez, 1916.

(37) CARNELUTTI, *ob. cit.*, pág. 74.

Esa será la labor constructiva de la Jurisprudencia. Pues no es sólo mirando a un pasado, a las conductas ya realizadas y como en el sumario sepultadas como los Tribunales han de vivir. Necesariamente han de juzgar el pasado orientándose en un porvenir. El pasado le juzgan, y le absuelven o castigan. El porvenir le prevén y le construyen. Por eso la eficiencia de su tarea ética. Porque, además, el porvenir construido no es sólo el del delincuente juzgado, sino el del total desarrollo de la vida aún imprecisa en sus acaeceres y en sus personas.

Esto no es a su vez caer en una químera impregnada en coloridos sociales de mayor o menor actualidad. Es la realidad eterna del concepto de la Justicia. Su nota de alteridad, el referirse siempre a otro, que señala Santo Tomás, parece que no sólo exige la dualidad de partes, sino unas finalidades aun distintas de esas partes, otros «otros» que no son escuetamente esas partes. Tal vez por eso el mismo Santo Tomás afirma la condición de virtud política de la Justicia (38).

Y las Siete Partidas filosofan de esta manera sobre las dos razones de la pena: «la una es porque reciban escarmiento de los yerros que hicieron; la otra es, porque todos los que lo oyeren e vieren tomen ejemplo e apercibimiento para guardarse que no yerren por miedo de las penas» (39).

Las teorías absolutas puras, que no ven la esencia de la pena sino arrancada de la misma esencia del delito y como momentos de un solo todo, de forma que la primera encuentra su única y plena justificación en la existencia del segundo, dejan un vacío en el sentido crítico y pragmático de la vida, que fácilmente se llena con la idea de venganza, y la noción de pena se ensucia y desfigura. Ya de antiguo sonó contra esto la protesta. «No castigaremos al hombre, dice Séneca, porque pecó, sino para que no peca más» (40).

Pero el correccionalismo se sale con desprecio de aquella nota de «alteridad» que mira al enjuiciado y al todo social en que se enjuicia. Se critica la prevención general porque la persona humana no puede servir de medio para fines distintos de los de su misma persona. Era el momento de paroxismo de una teoría que fué útil por lo que aportaba e inútil por lo que censuraba. Con tono más ecuánime afirmaba Fran Von Liszt que «la exigencia de la política criminal se dirige a utilizar en lo posible la aptitud de la pena como medio adecuado al fin y a adaptarla a las necesidades del caso particular; pero tanto en el establecimiento de los hechos criminales como en la determinación comprensiva de la pena, el contenido general de la legislación penal no podrá perder de vista los efectos de la amenaza y de la ejecución de la pena que no tocan al delincuente, o prevención general»; «la exageración de la

(38) ELÍAS DE TEJADA, *ob. cit.*, pág. 85.

(39) Tit. XXXI. Ley 1.ª.

(40) SÉNECA, *Tratado de la ira II-31*. «Antología de la Biblioteca de la Cultura Española». Aguilar, editor.

idea correccionalista llegaría a ser tan funesta a la conciencia jurídica de la población entera, y, por tanto, a la vitalidad del Estado, como lo sería una dureza desconsiderada respecto al delincuente de ocasión o de una crueldad brutal respecto al incorregible» (41).

En España, nuestros clásicos no perdieron de vista ese proyectarse de la Justicia sobre el «todo social». Recuerda el Padre Montes cómo opinaban algunos que no era lícito penar el crimen oculto, fundados en que la pena sería socialmente inútil. (42).

Con ese amplio sentido de «alteridad» referido a las partes enjuiciadas y al todo social en el que se realiza ese enjuiciamiento, los Tribunales podrán ir marcando cuáles son las «conductas esperadas» en labor práctica inspirada en los más altos principios.

El Magistrado, al señalar en sus fallos cuál es la conducta que la sociedad espera, lleva como el timón de la nave que transporta el contenido ético que a esa sociedad enriquece.

Ferrer Sama, en sus Comentarios al Código penal, al estudiar el artículo 12, trae una relación de sentencias de nuestro Tribunal Supremo que admiten el concurso por omisión. La de 23 de junio de 1916 considera que el hecho de presenciarse cómo el suicida escribía una carta despidiéndose de sus padres y cómo se quitaba la vida, sin tratar de impedir el hecho, constituye un acto de auxilio, ya que una determinación de esta naturaleza exige resolución y entereza que se afirman y acentúan desde el momento en que nacidas en el ánimo de una persona, encuentran acogida en otra que da a la primera valor y energía superiores. La de 22 de enero de 1921 califica de autor por cooperación al Director de una Central de Teléfonos que deja que un tercero realice en los aparatos manipulaciones que determinan la interrupción del servicio. La de 30 de enero de 1945 estima autor de robo al padre, en cuya presencia se concierta el robo ejecutado por su hija, no oponiéndose a ello, e interpretando la hija este silencio como aquiescencia, por cuanto tal robo se ha de estimar producido por la omisión voluntaria y punible del reo, siendo su causa eficaz y próxima y habiendo existido omisión del deber de educar a la hija y del uso de la facultad de corrección que establece el artículo 155 del Código civil. La de 2 de enero de 1940 admite la existencia de una participación omisiva en concepto de autor, en el caso de un dependiente que se limitaba a guardar silencio sobre las varias sustracciones ejecutadas por un compañero suyo del cajón donde se guardaba el producto de las ventas. Pero el mismo alto Tribunal ha desechado la responsabilidad por participación en el mero hecho de hallarse presente en la ejecución de un hecho delictivo, manteniéndose en actitud simplemente pasiva sin acto que indique cooperación. (Sentencia 21 de febrero de 1935).

Modernamente caben citarse interesantes fallos del Tribunal

(41) FRANZ VON LISZT. *ob. cit.*, t. II, págs. 6 y 25.

(42) P. JERÓNIMO MONTES, *Derecho Penal Español*. Imprenta del Real Monasterio del Escorial, segunda edición, t. I, pág. 156.

Supremo que más o menos directamente aluden a actividades omisivas de cooperación y dan luz sobre el problema que nos ocupa.

La sentencia de 4 de febrero de 1947 enjuicia el caso de un padre que entrega a su hijo unos resguardos del Servicio Nacional del Trigo para negociarlos en un Banco; el hijo altera las cantidades señaladas en los resguardos para obtener un lucro; el padre lo consiente y es condenado como autor del mismo delito con arreglo al núm. 3.º del artículo 14 del Código penal.

La sentencia de 12 de mayo del mismo año hace esta apreciación ante un fallo condenatorio por delito de escándalo público: «La aquiescencia o aquietamiento absoluto de la esposa ante actos de grave escándalo de su marido amancebado, hasta el extremo de consentir con su asistencia indiferente, dentro y fuera del domicilio, una promiscuidad afrentosa para su persona y las buenas costumbres que trascendió al dominio público, con ofensa a los sentimientos colectivos, integra el delito previsto en el apartado 1.º del artículo 433 del Código penal de 1932 (los que de cualquier modo ofendan al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o transcendencia)».

La sentencia de 11 de octubre de 1949 enjuicia la actuación de la madre de la menor corrompida, condenada en la de instancia como autora del delito previsto en el núm. 1.º del artículo 438 del Código penal (el que habitualmente promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de veintitrés años). El fallo confirmatorio de la condena alude a una actividad de la madre que «fomentó aquel vergonzoso y deshonesto proceder, lucrándose con los beneficios económicos que de esta manera obtenía la menor». Pero principalmente se refiere a una conducta omisiva, trayendo a recuerdo deberes éticos incumplidos: «ocultó al padre tal situación y se abstuvo de adoptar por su parte y en beneficio de la menor de las medidas de amparo y corrección obligadas en el ejercicio de su irrenunciable autoridad materna».

La sentencia de 12 de abril de 1950 contiene interesante apreciación sobre una conducta esperada cuya ausencia se estima delictiva. El resumen doctrinal de este fallo en la Colección Legislativa se expresa de esta manera: «Que si bien cuando sobrevino la avería del vehículo la actuación de los procesados se acomodó a lo que las circunstancias demandaban, pues uno de ellos vertió discretamente la gasolina en el carburador, mientras el otro accionaba el mecanismo de arranque del motor; al sufrir aquél quemazón en las manos, arrojó lejos de sí la lata de gasolina que en ellas tenía, que fué a caer en la cuneta de la carretera, prendiendo seguidamente las matas y malezas secas y el bosque próximo; es innegable que desde el momento en que advirtieron los procesados que el fuego había prendido en aquellas matas y malezas, la más elemental norma de prudencia les exigía procurar que el mal producido por un acto involuntario, desprovisto de malicia, no adquiriese mayores proporciones; y como sólo se pre-

ocuparon de apagar el fuego prendido en el motor del coche y una vez que lo pusieron en marcha se alejaron de allí, sin tener siquiera la precaución de avisar a alguien de lo que ocurría, esas indisculpables omisiones voluntarias, aunque no intencionadas, establecieron el nexo que liga el mal no querido ocasionado y el resultado dañoso que da vida delictiva a la figura de imprudencia temeraria; pues la más mínima regla de prudencia y buen sentido de la realidad les imponía el deber ineludible de contribución a aminorar las consecuencias de un acto lícito, pero dañoso, avisando al menos de lo que sucedía, en vez de apartarse de aquel sitio, ajenos a lo que previsiblemente podía acaecer y desgraciadamente ocurrió.»

He ahí señaladas por la jurisprudencia conductas «esperadas» en virtud de relaciones familiares, paternas o conyugales, o meramente sociales.

Sería difícil construir un precepto positivo definidor de esas actuaciones que permanecen al margen de las conductas delictivas por no tener engarce en su causalidad material, pero que, sin embargo, se coloran de la misma ilicitud que estas conductas.

A veces destacará en ellas su calidad de simples condiciones, determinadoras de complicidades. Otras veces esas condiciones por su relevancia serán estimadas indispensables. O la actitud omisiva será de tal fuerza de expresión que revele una verdadera voluntad de causación.

El libre juego del arbitrio judicial es quien puede marcar el grado en el que la conducta omitida era esperada. Y en su tarea podrá hacer constante manejo y apreciación de circunstancias subjetivas modificadoras de la responsabilidad criminal. Determinando cuando la omisión ha sido debida al temor fundado de sufrir un mal socialmente valorable. Algo análogo a la apreciación del miedo o del estado de necesidad. Y en una constante medida judicial de bienes y actitudes.

VII

En los delitos de comisión por omisión, tiene peculiar relieve la omisión de denuncia.

Diego Mosquete, en su libro «El delito de encubrimiento», hace historia interesante y detallada de esa omisión, que ya en el Derecho romano se consideró forma de encubrir (43).

José Orlandis resume la evolución del Derecho entre dos puntos extremos: la actuación de carácter privado inspirada en el

(43) DIEGO MOSQUETE, *El delito de encubrimiento*. Edit. Bosch, Barcelona, pág. 61.

principio «nadie responda sin querrellos», y la tendencia del Poder público a limitar las actuaciones privadas (44).

A veces la persecución del delincuente sólo ha interesado a la sociedad en un sector ínfimo de actividades. La distinción de los delitos públicos y privados en el Derecho romano es elocuente al caso. La denuncia y acusación se han ejercido entonces en gran parte como el ejercicio de un derecho particular del perjudicado.

Pero la línea ha sido ascendente y el «todo social» se ha llamado cada vez más a la parte en la persecución del crimen. En un tiempo con miras económicas, incluyéndose entre los que eran interesados en el reparto de las indemnizaciones. Después, considerándose cada vez más afectado por los hechos delictivos y creyéndose en su consecuencia obligado a su persecución.

Esta se ha recabado en ocasiones íntegramente por el Estado. Otras la intervención estatal ha permanecido compatible con la denuncia de los particulares.

Sobre el deber de denuncia estimamos que ha de ser examinado a través del lado social que el delito contiene. Por mucho que en puras teorías correccionalistas quiera considerarse la pena como una medicina, el móvil de denuncia no es para que el delincuente sea castigado, sino para que la sociedad se defienda mediante ese castigo del delincuente.

En mera teoría de la pena cabrá anteponer el cuidado por el castigo particular a la defensa social. Una pena que invirtiese esos términos y pretendiese antes que todo un fin de intimidación general, pecaría de injusta al perder toda noción o sentido de individualización por donde la pena debe discurrir principalmente, aunque sin perder de vista desde ese discurso, otros fines distintos.

Pero en mera teoría de la denuncia, el orden de esos factores se invierte. Porque en la vida social nos relacionamos con nuestros semejantes a través del orden social, y no tenemos señorío ninguno sobre ellos que no sea por ese conducto.

Por eso, si la pena es más pura y correcta cuanto más se individualice, aunque una vez individualizada se extienda a fines distintos, la denuncia es más noble y desapasionada cuanto más se generalice buscando la defensa social y alejándose de la idea de castigo, tangente a la de venganza, que es finalidad que a nosotros, como individuos, no nos incumbe.

Desde esa consideración del lado social de la denuncia, su nota esencial no puede ser el simple derecho, sino más bien la obligatoriedad.

Y a tal apreciación cabría sumar otra, y ésta de tipo histórico. La perspectiva de la organización política del siglo XIX era la de un Estado mínimo en una sociedad máxima. Hoy es la de un Estado imbuído en gran parte en la sociedad e integrado con lo que

(44) JOSÉ ORLANDIS, *Las consecuencias del delito en el Derecho de la alta Edad Media*, Nota bibliográfica del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. Madrid, t. I, pág. 603.

anteriormente se creyó pertenecía a la sociedad tan sólo. El Estado se ha enriquecido y agrandado.

Al situar al delincuente en esos conjuntos, se observa que el mismo tiene hoy en el propio Estado campos de actividad que antes no tenía. Con mayor facilidad, dada la mayor extensión y complejidad del Estado, el delincuente podrá incrustarse en la misma organización estatal. La denuncia adquiere entonces una necesidad de labor social, porque el delito del «incrustado» desde su puesto de privilegio, afecta a todos.

Pero es más. En el viejo régimen liberal, las libertades ilimitadas que tantas veces resultaron libertinajes, de imprenta y de palabra, podían, a su vez, tener una ventaja: que el «incrustado» era pronto descubierto por los ojos policía de todos los ciudadanos. Al reglamentarse esas libertades, es fácil que el «incrustado» se proteja, precisamente con tales limitaciones regladas. La labor de defensa social exige entonces su denuncia. Y labor de tal interés no puede quedar relegada a la categoría de simple facultad de los ciudadanos.

En la imposición de esa obligatoriedad, y en el aumento de atribuciones al Ministerio Fiscal, organismo especialmente encargado de la delegación de los delitos, en forma que pueda tener amplias facultades y medios adecuados para velar porque el delincuente no se esconda en rincón alguno del edificio económico y administrativo en el que el «todo social» se hospeda, se encontrará hoy la mejor garantía de que el delito, desde su nueva posición peculiar, no podrá quebrantar ni torcer los rectos fines sociales.

Ahora bien, la omisión de denuncia, sólo en determinados casos puede ser delito de comisión por omisión. Será cuando la denuncia haya podido hacerse en momento aun oportuno para que el delito no llegue a realizarse.

Imposible determinar anticipadamente la transcendencia de esa omisión. Considerada tal denuncia como «acción esperada», será labor jurisprudencial el ir marcando cómo y cuándo la actividad cívica debe estar presta a la evitación del crimen.

La presencia del delincuente «incrustado» en la organización estatal, puede a su vez tener una especial repercusión en el «todo social» creando una situación de omisión colectiva, si tal presencia se tolera sin poner el remedio de denunciarla.

Si aquella delincuencia de posición privilegiada es producto del nuevo signo de los tiempos que impone un amplio campo de actividades estatales susceptibles de ser invadidas por la fuerza siempre expansiva del delito, no menor significado puede tener la pasividad o condescendencia criminal de una delincuencia desde abajo, que pierda el sentido apremiante de la justicia y se considere en su papel con posturas de conformidad o de paciente espera del paso de los tiempos.

En realidad, se forma así un complejo de actuaciones contrarias, pero que se complementan. De un lado, una ilícita actividad

desbordante. De otro lado, una magna pasividad y dejación incalificables.

El delito se impregna entonces de un matiz social más marcado que nunca. Porque son los propios resortes estatales los que busca el «incrustado» para delinquir. Y porque es toda la masa social quien tolera su propio daño y no ejercita su obligación de denunciar al delincuente.

La omisión del deber de denuncia del cáncer social del «incrustado», es un lento suicidio que la propia organización social realiza.

Pues he ahí una indudable labor ética y dentro de la ética marcadamente cívica que a la ciencia penal jurisprudencial incumbe. Poder señalar ante cada caso de delincuencia, cuando eran «esperadas» las conductas delatorias de quienes con su silencio han dado su conformidad al crimen, y son causa moral del mismo, porque así construyeron la ocasión y la condición precisas para que el crimen subsistiese.

Hoy se abre camino, en alarde escrupuloso de atinar con una exacta justicia, el estimar como causa de exclusión de la culpabilidad «la no exigibilidad de otra conducta». Y el orden social requiere por razón idéntica que se preste la misma atención a la «exigibilidad de otra conducta».

Salamanca, mayo de 1951.

RÉSUMÉ

Un concept, qu'on pourrait appeler "existenciel" du délit, nous le présente tout simplement comme une modalité de notre conduite envers la société.

La silhouette du délit ressemble à un coup de feu tiré par le delinquant contre ce que le "tout social" considère de sa propriété, ce qui est la raison par laquelle cette silhouette devient complètement sociale.

Il n'y a que deux êtres qui ont ordonné le développement de la vie: Dieu et l'homme. Dieu a créé l'ordre causal des choses et l'homme l'ordre causal humain. L'attitude de l'homme qui ne réalise pas sa propre vie et s'abandonne au cours des choses, doit être repoussée. Voici la cause de l'identité des délits d'action et d'omission.

Mais le délit d'action a eu une importance plus grande car les dispositions prohibitives se sont toujours détachées le plus dans la formation du "tout social".

Aujourd'hui, bien au contraire, on accorde une importance chaque fois plus grande au délit d'omission, car on ne valore seulement ce qui attaque l'ordre social, mais aussi tout ce qui s'oppose à ce que le "tout social" veut.

De la même façon les délits appelés d'omission impropre ou de commission par omission ont augmenté leur importance. La difficulté pour leur détermination était dans leur manque de relation causal et dans le danger de briser le principe "nullum crimen sine lege". Mais aujourd'hui on écarte les difficultés.

En outre, la théorie stricte de la causalité matérielle n'intéresse plus; ce qui intéresse c'est la façon d'agir du délinquant. On doit passer de la causalité physique à la causalité morale. Et dans cette direction l'homme est la cause morale de son action aussi bien que de son omission.

Cette théorie de la causalité morale, accorde une vraie cause aux délits de commission par omission et comme le danger de briser le principe "nullum crimen sine lege" appartient plus à l'ordre pratique qu'à la théorie, ce sera ainsi la jurisprudence qui devra le résoudre.

Avec cette pratique jurisprudentielle on remplira la science pénale d'un contenu éthique, qui est l'avenir que le Professeur espagnol Cuello Calón a prévu.

Cette oeuvre éthique prendra ses sources du nouveau ton social et réalisera une vraie formation sociale constructive.

L'omission d'une dénonciation peut être aussi un délit de commission par omission, si la dénonciation aurait pu être faite encore à temps pour éviter le délit.

Aujourd'hui, par suite de l'étendue de l'Etat et du règlement des droits et des libertés, le délinquant peut "s'incruster" facilement dans les sphères propres de l'Etat.

Cela entraîne l'obligation de changer le droit de dénonciation par un devoir de dénonciation et d'augmenter les fonctions du Ministère Public. Il fournit aussi aux Tribunaux l'occasion de développer une oeuvre éthique et civique, en signalant les dénonciations des délinquants "incrustés" comme une action attendue par la société.

De la même façon qu'on considère aujourd'hui comme cause d'exclusion de la culpabilité la "non exigibilité d'une conduite différente", l'ordre social exige aussi qu'on prête une attention pareille à "l'exigibilité d'une conduite différente".

SUMMARY

A concept of crime which we could call "existential", shows it simply as a form of our behavior towards society.

The silhouette of crime resembles a shot fired by the delinquent against what the "social whole" considers of its propriety, which is the reason by which this silhouette becomes completely social.

There are only two beings who have ordained the course of life: God and the man. God has created the causal order of things and the man the human causal order. The attitude of the man

who does not fulfill his own life and who abandons himself to the course of things, must be rejected. That is the cause of the identity between the crimes of action and omission.

But the crime of action has had a greater importance, as the prohibitory dispositions have always contributed more to the formation of the "social whole".

But to-day, on the contrary, the crimes of omission are given a greater attention, as not only the social order is appraised but also everything that opposes itself to the desires of the "social whole".

Also the so called crimes of improper omission or of commission by omission have a greater importance. The difficulties for their determination were their lack of causal relation and the danger of breaking the principle "nullum crimen sine lege". But to-day these difficulties, are discarded.

Besides, the strict theory of material causality has lost its interest; what interest now is the way in which the delinquent acts. One must switch from physical causality to the moral one. And in this order of things, the man is the moral cause of his actions as well as of his omissions.

This theory of moral causality gives a real cause to the crimes of commission by omission, and as the danger of breaking the principle "nullum crime sine lege" belongs better to the practical order than to theory, so the jurisprudence will be the most fitted institution to resolve it.

This jurisprudential function will fill the penal science with ethical contents, which is the future that the Spanish professor Cuello Calón foresees.

This ethical task will take its roots from the new social tone of our time and will fulfill a real social constructive formation.

The omission of denunciation can also be a commission by omission, if the denunciation could have been done in time to avoid the crime.

To-day, as a consequence of the vastness of the State and of the regulation of certain rights and liberties, the delinquent can "incrust himself" very easily in the areas of the State.

That implicates the obligation of changing the right of denunciation by an obligation of denunciation and of enlarging the duties of the Public Prosecutor. It grants too, to the Tribunals the occasion of achieving an ethical and social task, by pointing out the denunciation of "incrusted" delinquents as an action awaited by society.

So, as to-day the "non exigibility of a different behaviour" is considered as a cause of exclusion of culpability, the social order requires a similar attention to be given to the "exigibility of a different behaviour".