

LA CONDUCTA OMISIVA ENTRE ESCILA Y CARIBDIS.

*La excesiva
proliferación de
novedosos bienes
jurídicos, el desarrollo
acelerado de la
sociedad, la inutilidad
o escasa eficacia
de otras ramas del
Derecho no puede
conducirnos a lo
advertido hace un
tiempo por
Elena Larrauri,
a un “archipiélago
carcelario”*

UNA OBLIGADA NOTA INTRODUCTORIA

La sensación que parece caracterizar al casi recién estrenado siglo XXI es la de la duda o peor aún la de una profunda incertidumbre.

Los diarios locales difunden día a día los horrores de las guerras en diferentes sitios del planeta, la red de redes aumenta sus hipervínculos y tentáculos haciendo la vida cotidiana más rápida y truculenta, los artistas de la plástica plasman en sus lienzos la teoría del caos y los escritores de mejor pluma nos impulsan a pensar en una Alicia que no requiere de introducirse en el espejo para ver el mundo al revés (Galeano) o que los locos no son los que se guardan tras los muros del manicomio, sino los que deambulan por las calles (Cohelo), o peor aún están sentados en otros lugares más altos.

Esta indescriptible expresión de la post-modernidad rebasa los marcos sociales y se extiende a los predios del Derecho y por ende a los del Derecho Penal, el que se debate entre lo máximo y lo mínimo, la peligrosidad o la culpabilidad, los ciudadanos o los enemigos, el respeto irrestricto a la Legalidad o su “flexibilización” por conveniencia, un proceso penal garantista o un proceso penal “seguro”, entre otros aspectos, todo lo cual permite hablar de un Derecho Penal dividido en dos lados extremos o puntos paralelos que nos hacen reencarnar en la piel de Ulises al tener que cruzar entre Escila y Caribdis.¹

Este propio Derecho Penal por naturaleza implica y engendra violencia.² Su esencia expiatoria y afflictiva lo coloca en el último peldaño de la escala de elementos del control social; debiendo hacer su aparición cuando el resto de los concebidos para encorsetar la conducta desviada, fallan, sin embargo la historia que alrededor de esta ciencia se ha escrito y escribe demuestran la preocupación de muchos y la voluntad política de otros, para disminuir sus efectos nocivos y hacer tolerables por el termómetro social, tanto los castigos como las conductas escogidas para conformar el catálogo de delitos.

Visto así el pasaje homérico refleja de modo exacto la encrucijada actual de la ciencia penal, por uno de los extremos la infernal Escila³ y por el otro Caribdis⁴, es decir el saber se debate entre un Derecho Penal extremo y hasta cruel y otro, bien excesivamente tolerable que puede generar impunidad e inconformidad social pero siempre por esencia violento, o lleno de cuestiones problemáticas sin resolver, lo que unido a sus contradicciones propias impide a cualquiera que pueda salir ileso de tal viaje, ni mucho menos inclinarse totalmente hacia uno de sus extremos, proeza que exigirá de los que han escogido a estos predios como estudio y trabajo de una tensión mayor y del desarrollo del verdadero arte del guante blanco y la espada afilada.

*MsC. Arlín Pérez Duharte**

Escila

La sociedad que condiciona y exige al Derecho Penal moderno puede recibir varios nombres, postmoderna, ultradinámica, informatizada o del riesgo, todos se resumen en uno: diferente, por lo que el ordenamiento jurídico y sus normas se mueven en post de esa diferencia.

Las realidades sociales caracterizadas por un desarrollo sin límites de la informática, la genética, la cosmología entre otros saberes genera una diversificación y ampliación de los riesgos; el ama de casa no sólo teme al ladrón o a la posible estafa del vendedor del mercado sino se preocupa además por la probable destrucción de la capa de ozono o por la contaminación de las aguas que beben sus hijos, fenómeno que al propio tiempo crea en la comunidad una difusión exagerada de un sentimiento de inseguridad⁵, el cual se transforma en expectativa social que el Derecho debe resolver, casi siempre con el empleo de su arma más potente: el Derecho Penal.

Esta indetenible sociedad del riesgo y su "protección" penal ha requerido en igual sentido de la instrumentación de una novedosa Política Criminal que al decir de Díez Ripollés puede centrarse en cuatro direcciones: Ampliación de los ámbitos sociales objeto de la intervención penal (nucleares, informáticos, genético, delincuencia organizada), persecución de la criminalidad de los poderosos, jerarquización de la intervención penal en detrimento de otros instrumentos del control social quedando seriamente lacerado el principio de subsidiariedad penal y la necesidad de acomodar los contenidos del derecho sustantivo y adjetivo a las especiales características de esta criminalidad de nuevo tipo.⁶

El tramado de tales parámetros no pasa inadvertido y provoca como efecto de "bola de nieve" consecuencias trascendentes tales como la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva⁷, unido a un mayor protagonismo de los delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico, caracterizados por estructuras típicas de simple actividad, fundamentando su punición en base al principio de precaución, anticipación de la intervención penal (generalización de la punición de los actos preparatorios), admisión de ciertas pérdidas en el principio de seguridad jurídica derivada de la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y del uso de la teoría de las leyes penales en blanco y aproximación extrema de las diferencias entre autoría y participación y entre tentativa y consumación.

Sin embargo la consecuencia más importante de este denominado modelo de la seguridad ciudadana lo constituye lo que se ha dado en llamar el reinvento del Derecho Penal del Enemigo, jerarquizado a partir de los sucesos del 11 de septiembre del 2001 y fundamentado con los siguientes ataques terroristas perpetrados en Madrid y Londres; doctrina que ha dividido a la sociedades en dos bandos (ciudadanos y enemigos)⁸ y que posibilita que en las normas jurídico-penales ya no rijan ni siquiera los más elementales principios de garantías y reglas de imputación que suelen postularse como elementos irrenunciables del trato de un Estado de Derecho con los infractores de los preceptos penales.⁹

El Derecho Penal del Enemigo introduce en los medios y textos criminales, no sólo una nueva división de esta rama del Derecho sino también nuevos términos tales como la *tercera velocidad*, descrita al decir de Silva

Sánchez a partir de una diferenciación en el momento actual de " dos velocidades" ubicadas en los entornos de los ordenamientos jurídico-penales, una primera en la que se fijan sanciones privativas de libertad y en la que deben respetarse normativa y judicialmente los principios sustantivos y procesales clásicos, una segunda constituida por infracciones menores que implican respuestas leves como penas pecuniarias o privativas de derecho y en las que por lo tanto podría flexibilizarse de algún modo esos principios y reglas tradicionales, siendo entonces al decir de este autor , la *tercera velocidad* aquella en la que conviven la imposición de graves penas privativas de libertad y la flexibilización de los principios y reglas de imputación.¹⁰

Hasta aquí el panorama descrito puede ser preocupante, pero en modo alguno aterrador, sin embargo si a esta consideración que en sentido figurado se ha dado en llamar *tercera velocidad* le sumamos el resto de los elementos que al decir de Jakobs caracterizan la nueva doctrina, la sensación puede cambiar. Hablamos de la transformación de la teoría de la pena y sus fines, donde en el Derecho Penal tradicional el castigo responde a una incorrecta motivación del ciudadano con la norma, el que a través de su acto entra en contradicción con el ordenamiento establecido pero que en todo momento la pena fijada no podrá exceder de la medida de su culpabilidad y deberá responder a un fin socializador; ahora, en el Derecho Penal del Enemigo la función manifiesta es la eliminación de un peligro, centrado en las condiciones personales del infractor, es decir se abandona el Derecho Penal de actos para exaltar a un Derecho Penal de autor donde el principio rector sea el de peligrosidad.

Por otro lado los status sociales se transforman; la división de pobres-

ricos, incluidos-excluidos, aceptados-marginales se cambia en ciudadanos y enemigos, estando ubicado en el primer rubro aquellos que no se desvían por principio y en el segundo los desviados que no ofrecen garantías en su comportamiento y por lo tanto deben ser excluidos y combatidos.¹¹ Cánones teóricos que fundamentan que un Derecho Penal del Enemigo verdaderamente delimitado es menos peligroso, que entremezclar el Derecho Penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho Penal del enemigo.¹²

Como se aprecia la imagen ahora descrita parece dantesca y lleva a afirmar, tal y como lo hiciera el profesor Mir Puig en la Habana el día 18 de julio del año en curso al presentarse la Escuela de Verano sobre Temas Penales Contemporáneos “no podemos hablar ahora de una Derecho Penal Mínimo” o como lo hiciera Cancio Meliá “el Derecho penal del ciudadano es un pleonismo, el Derecho Penal del enemigo una contradicción en los términos¹³, se suma entonces la ciencia penal a la ya conocida Teoría del caos¹⁴ y se legisla hoy de modo severo, se aumentan los catálogos de delitos para “proteger” bienes jurídicos “colectivos”, se fijan penas excesivas luego de un proceso reducidos de garantías sin pensar que tal como lo explica el “efecto mariposa”¹⁵ dentro de un tiempo, quizás no muy lejano las consecuencias serán impredecibles.

Caribdis: Lo natural que asusta.

El Derecho Penal por su eminente sentido sancionador y restrictivo ha sido catalogado como fuerte y por tanto mucho se insiste en que debe acompañarlo un carácter subsidiario y fragmentario que minimice sus efectos y concepciones normativas, además de hacerse acompañar por una Política Criminal adecuada, que no caiga en la falacia de pretender elimi-

nar la delincuencia y de un proceso de juzgamiento penal dotado de mecanismos ágiles, donde a pesar de la celeridad prevalezca el derecho a un Debido Proceso.

Estas parecen ser ideas claras que hablan de una ciencia castigadora que aboga por no perder el sentido humanista, sin embargo la esencia del Derecho Penal y su propia historia apuntan más hacia una pérdida creciente de seguidores y defensores que al disfrute de una mediana popularidad, de hecho las posiciones más reaccionarias del abolicionismo se inclinan, ya no por el derrumbe de los muros de las cárceles sino por la desaparición absoluta del sistema penal, baste recordar las palabras de Radbruch cuando insistió en darle a la sociedad no un mejor Derecho Penal sino algo mejor que el Derecho Penal.

Por otro lado no sólo la concepción de la ciencia criminal goza de mala fama, la llamada dogmática penal es catalogada de compleja, dispersa, abstracta e incomprensible, incapaz de ayudar al trazado de pautas claras para el estudio y perfeccionamiento de esta rama del Derecho, lo que ha motivado que algunos autores califiquen el momento actual como la era del bizantinismo penal¹⁶ o de una situación de *confusionismo* y *extravío* conceptuales y operativos con sus consecuentes peligros de oscura regresión¹⁷, en ocasiones enmascarados en novedosas teorías que no hacen sino esconder perturbadoras y tradicionales opciones de regulación, aplicación y ejecución penal.

A lo anterior se le agregan incontables interrogantes de continua formulación al interno del Derecho Penal, y que aún sin llegar a mutar en el temido Derecho Penal del Enemigo pueden quitar el sueño a cualquiera, dígame preguntas tales como:

¿Deben responder penalmente las personas colectivas?

¿El esquema de imputación ortodoxo seguirá resolviendo las situaciones cambiantes?

¿Los patrones típicos y de responsabilidad se ajustan a todas las variantes delictivas (omisión, tentativa, imprudencia, concurso, complicidad).?

¿La conducta omisiva es propiamente acción o representa una variante particular del actuar humano?

¿La inactividad penalmente castigada es responsabilidad de muchos o sólo imputables a unos pocos?

¿Los delitos impropios de omisión verdaderamente laceran el principio de Legalidad?

¿Quién debe primar en la determinación de la pena, el principio de culpabilidad o el juicio de peligrosidad?

¿La pena realmente cumple un fin?

¿La prisión educa?

¿Cómo eliminar de los textos penales los tipos abiertos y las normas en blanco?

¿Sería correcto lo anterior?

Como ven el círculo de interrogantes puede ser mayor, lo dejamos a la imaginación del lector, pero constituyen unido a la problemática de la moderna dogmática penal y al aumento de las expectativas que se hacen recaer en esta rama del quehacer jurídico el surtidor natural que arrastra la ciencia penal, y que puede hacer descender al infinito a quien no se haga acompañar de una buena brújula, que bien pudieran ser una doctrina sólida sustentada en el respeto irrestricto a la especie humana y a los elementales principios y garantías que deben primar en un Estado de Derechos.

En este entramado de interrogantes una de las más complejas y temidas por los estudiosos y prácticos de la ciencia penal es la omisión, tanto como variante de la conducta humana, que como figura delictiva autónoma requerida de interpretación y aplicación, temor que responde a que la ciencia criminal ha estado concebida como patrón tradicional para delitos intencionales, perpetrados por acción, consumados y ejecutados por su autor directo o material, siendo el resto de las variantes que en la vida real se dan (imprudencia, omisión, tentativa y complicidad) asuntos de polémico planteamiento y peor solución.

Tomemos entonces a esta institución no sólo como centro de nuestro estudio sino también como referente para demostrar que tanto en la visión general del Derecho Penal como en las celdas particulares que componen su disciplina rige un eterno debate entre extremos, conciliables a veces, opuestos en otras; seguimos como Ulises buscando el final.

El Debate en la conducta omisiva.

La omisión como forma de la conducta humana.

El comportamiento humano es objeto de atención para disímiles ciencias reconocidas como tal o no, dígame la psicología, la sociología, la Politología entre las primeras y las religiones populares en el segundo grupo, todas confluyen en tratar de explicar, entender o por lo menos conocer las diferentes maneras de actuar de los individuos.

Para el Derecho Penal como parte de las ciencias jurídicas, el tema de la conducta humana constituye uno de los primeros aspectos que a lo largo del desarrollo de su aparato de cate-

gorías y doctrinas ha provocado las más encarnizadas discusiones¹⁸, siendo abordado, bien bajo el calificativo de acción como término genérico, que como conducta propiamente dicha, es decir al referirnos a la teoría de la acción de forma amplia se apunta hacia cualquiera de las formas de comportamiento (hacer o dejar de hacer), el resultado que se obtiene en el mundo exterior y el vínculo o nexo de causalidad que relaciona a ambos extremos, y si por otro lado de modo estricto se habla de acción se aduce a la expresión concreta de actuar mediante un movimiento corporal expreso en actos.

Se discute además sobre la naturaleza ontológica o normativa del concepto de acción, lo que dependerá de la posición doctrinal que se sostenga (causalismo, finalismo o social de la acción), ubicando a este elemento bien en las condiciones del ser, de la realidad (causalismo y alguna fracción del finalismo) o en las del deber ser (social), aspecto en el que coincidimos con Luzón Peña al ubicar la esencia de la acción en un modesto concepto ontológico al que se le irán agregando aspectos normativos por los restantes elementos del delito.¹⁹

Sin embargo la polémica más interesante es la que han desplegado en años las corrientes fundamentales del quehacer penal: el causalismo y el finalismo. Para la primera de estas, la acción se entendía como impulso de la voluntad que genera un movimiento corporal que supone la causación de una modificación perceptible en el mundo exterior y en la segunda de las doctrinas, la acción es el ejercicio de la actividad final, que consiste a su vez en la producción consciente de efectos partiendo de un objetivo.

Paralela al finalismo aparece en los círculos doctrinales la teoría ini-

cialmente denominada *objetivo-final* y que luego se bautizaría definitivamente como teoría social de la acción, la que centra su atención en la acción no como fenómeno natural sino social²⁰, es decir como conducta socialmente relevante con significado o trascendencia.

A esta lista se suman otros conceptos como los de la acción típica, el negativo de acción, intencional, personal, y dialéctico materialista, siendo esta última postura la que muestra el profesor cubano Quirós Pérez cuando caracteriza a la acción como una unidad de lo objetivo y lo subjetivo, una simbiosis de actos externos que responden a los intereses y sentimientos de quien los exterioriza en un momento social determinado.²¹

La conducta omisiva, al pertenecer al bando de lo diferente, ha padecido de una relativa orfandad en la determinación de su naturaleza. Primero nació con el carácter de primogénita; en las Santas Escrituras, los mandamientos se expresaron algunos de ellos de forma negativa (No hacer), luego dejó de ser reconocida, pues de la nada, nada se puede obtener, ha acompañado a la acción como su apéndice y por último logró que un importante sector de la doctrina la reconociera como una forma propia de comportamiento, con vida y características particulares.

La consecuente ubicación de la conducta omisiva en algunas de las posiciones enunciadas anteriormente responde no sólo a la postura doctrinal que se sostenga, sino también a la definición de omisión de la que se parta, bien podrá ser ontológica dándole el carácter primordial a las propiedades del ser y por ende tanto la acción como la omisión tendrán un juicio de valor previo al injusto o por el contrario al usar una metodología axiológica se fundamentará el concepto de omisión desde una perspectiva del deber ser, y

Por último nos detendremos en uno de los aspectos estrechamente relacionado con el comportamiento omisivo, la posición de garante y las fuentes de las obligaciones que generan ese calificativo, elemento que aparece en aquellas figuras delictivas calificadas como de comisión por omisión y donde su corporificación responde a la obtención de un resultado a través de una acción activa (matar, lesionar) ahora lograda a través de un no hacer, por lo que se requiere de la determinación de deberes previos que exigían del sujeto la realización de una conducta que evitara dicho resultado (padres, tutores, salvavidas, médicos).

El autor de un delito de omisión impropia solo puede serlo el titular de un deber de responder que se evite el resultado (deber de garante), la determinación del garante es una de las tareas más difíciles de la Parte General, dado que la propia ley es indeterminada.

La determinación segura del deber de garante en el sistema de imputación resulta indispensable para la delimitación del fundamento y los límites de dicha imputación, además, el autor de un delito de omisión impropia puede serlo quien tenga el deber de intervenir, este deber, según la doctrina penal contemporánea, tiene que ser un deber jurídico, no moral ni ético, además se trata de delitos de omisión semejantes a la comisión, el deber jurídico de obrar en los delitos de omisión impropia, tiene que ser la importancia del deber jurídico de omitir en los delitos de comisión.

De acuerdo con los criterios tradicionales, deberían comprenderse como fuentes de esa obligación de actuar o de custodia de algunos bienes jurídicos, los deberes derivados de la ley, los establecidos en un contrato o los producidos por la injerencia del

agente que crea una situación peligrosa. De manera más adecuada y práctica, la doctrina prefiere hablar actualmente de dos tipos de deber de garante:

- Primero, el deber de proteger bienes jurídicos expuestos a peligros indeterminados (por ejemplo, deberes que derivan de las normas que regulan las obligaciones de los padres en relación con los hijos, de marido y mujer entre sí, del profesor de natación respecto de sus alumnos, del médico con relación a sus pacientes);
- Segundo, el deber de vigilar de ciertas fuentes de peligro que amenazan bienes jurídicos de manera indeterminada (por ejemplo, la responsabilidad del poseedor de un vehículo motorizado).

El garante, además, cumple determinadas funciones protectoras necesarias para salvaguardar la integridad de un bien jurídico incluido en su esfera de competencia, por ello, en la doctrina penal contemporánea que tiene en su estudio el presente tema aparecen no solo clases de fuentes en relación a la posición de garante sin también se conceptualizan funciones que dimanen de esta propia posición, teniendo en cuenta que determinadas personas están obligadas a velar por la integridad de un bien jurídico debido a que el mismo se encuentra dentro de su ámbito de dominio y ellos han adquirido el compromiso de evitar que pueda ser puesto en peligro o incluso lesionado, si debido entonces a su conducta contraria a derecho, tal resultado se produce, responderán como garantes de un delito en comisión por omisión.

Ejemplo de tales exigencias lo constituyen las denominadas fuentes deducidas de una estrecha relación

vital (padres en relación con sus hijos)

- deberes que dimanen de la regulación legal de determinadas profesiones.
- deberes de garante deducidos de la asunción voluntaria de específicas funciones protectoras.

Cualquiera fuera el criterio escogido como verdaderas fuentes del deber de garante exigirá del juzgador efectuar la relación norma penal- fuente o criterio de obligatoriedad de actuar, bien al momento de calificar el delito, valorarlo y al realizar la correspondiente adecuación y medición de la sanción.

La Omisión y el peor de los extremos. Escila

Las soluciones a las interrogantes formuladas con anterioridad en nada hacen tambalear la legitimidad de la ciencia penal, son una parte más de la controversia teórica- normativa propia del quehacer jurídico. Sin embargo el extremo que comentaremos a continuación si puede poner en tela de juicio a teóricos y legisladores, hablamos de la relación delito omisivo-principio de legalidad, específicamente delito de omisión impropia-legalidad.

Los delitos de comisión por omisión, omisión impropia u omisión por comisión³⁵ cualquiera sea la forma para denominarlos, han estado caracterizados como tipos parcialmente escritos o de forma más radical como tipos no escritos, lo que sin lugar a dudas trae aparejado un enfrentamiento cara a cara con el sagrado principio de la Legalidad.

Mayer los catalogó como atacantes directos de este principio al estar sus elementos parcialmente indeterminados y por lo tanto afectar el mandato de certeza de la norma y la máxima nullum crimen sine praevia lege stricta,

el juicio de valor recaerá en la norma jurídica, la omisión será entonces al decir de la profesora Pérez Cepeda un no hacer que se esperaba que el sujeto realizara al serle exigido por la norma.²²

Al llevar el debate a las corrientes de la acción ya referidas, causalismo y finalismo, encontramos que para Radbruch resulta imposible la formulación de un macroconcepto capaz de abarcar ambos comportamientos, a partir de colocarlo a la acción tres elementos (voluntad, hecho y relación de causalidad) los que resultan de difícil determinación en la omisión, mientras que Mezger partiendo en igual sentido de una posición causal consideró que es viable esta formulación general, pues al actuar siempre se hace algo, bien directamente o dejando de hacerlo y de esta forma la omisión consistirá en una acción esperada.

El panorama que muestra el finalismo no es diferente al analizado ut supra, Armin Kaufman al sostener que la *capacidad de acción* es el elemento común entre la conducta activa y omisiva, unido a su naturaleza prejurídica posibilita que ambas formas de comportamiento se fundan en un concepto común, agregándole a la acción omisiva el elemento intelectual, es decir el omitente debe tener conocimiento de la situación y la posibilidad real de planificar la realización de la acción final, ideas con las coincide parcialmente quien fuera considerado el padre de esta corriente doctrinal, Hanz Welzel al considerar a la acción y la omisión como formas de la conducta humana dominable por una voluntad final, separando de la segunda de estas la causalidad y el conocimiento del fin de la acción.

La teoría social de la acción vuelve a partir del carácter prejurídico del concepto de omisión, defendiendo la

posibilidad de conformar el supra-concepto del que anteriormente se ha hablado, ahora sustentado en las concepciones de la sociología en general²³, encontrando su principal limitante en el no reconocimiento del aspecto normativo contentivo de la conducta esperada, lo que condujo a Jescheck a reconocer la necesidad de acudir al terreno del injusto como sustrato material de la omisión²⁴. Por otra parte, en su pretensión de formar ese macroconcepto y remontarse a un punto superior de la naturaleza valorativa (la perspectiva social), la finalidad y la posibilidad de finalidad serán los criterios, junto a la trascendencia exterior, que dotarán de relevancia social a una conducta humana, siendo entonces para la omisión y la imprudencia la posibilidad de finalidad antes citada, lo que determina su valoración en la sociedad.²⁵

Esta interesante polémica nos lleva a reflexionar en varios sentidos; en primer lugar no debemos olvidar el fin principal que inspira y determina el mantenimiento de la ciencia penal, la protección y tutela de los bienes jurídicos indispensables para el mantenimiento de la vida, en segundo lugar la exigencia de la voluntariedad y exteriorización de la conducta humana para alcanzar trascendencia jurídico-penal y en tercer término la valoración de que cualquiera sea la postura que adopte el legislador en cuanto a incluir o excluir determinadas conductas del catálogo de delitos, tanto las comisiones y omisiones que afecten intereses vitales en el orden social estarán dotados de la condición de acciones sean o no calificadas como ilícitas por la norma.

De lo anterior se deduce que a reserva de las diversas posturas asumidas por los teóricos del Derecho Penal tanto la acción como la omisión constituyen modalidades del actuar

de un sujeto siempre que estén dirigidas a un fin determinado²⁶ y dominada por la voluntad dirigente, siendo distinguidas en el ámbito jurídico-penal por su relación con el perjuicio del bien jurídico (la comisión daña al bien jurídico mediante una actividad corporal perceptible en el mundo exterior y la omisión a través de una inactividad corporal) siendo necesario agregar en el caso de esta última la particularidad de que dicha manifestación conductual tiene que ser parte del sistema normativo, el que calificará como tal a aquellos comportamientos que impliquen la no realización de acciones que el sistema espera sean llevadas a cabo, siguiendo la idea del profesor Mir Puig, "la omisión constituye un concepto normativo que exige no sólo el dato prejurídico del comportamiento, sino también que éste se contraponga a una conducta descrita en un tipo legal"²⁸

La controversia doctrinal relacionada con el comportamiento humano y su interpretación según los postulados de la teoría de la acción se traslada al plano legislativo, al ser conceptualizado en la mayoría de los Códigos Penales la definición de delito a partir de los términos de acción y omisión con sus correspondientes aditamentos tales como la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, resultando llamativo en este sentido los casos de las normativas penales de Brasil y Bolivia, donde el legislador decide no conceptualizar el ilícito penal pero si la relevancia de la conducta omisiva, específicamente la llamada omisión por comisión²⁹, solución que suponemos tenga su explicación en la especial vulneración que puede provocar este tipo de conducta al principio de legalidad.

La Omisión y el primero de los extremos. Caribdis.

Siguiendo nuestro hilo conductor y

en la pretensión de demostrar que el moderno y tradicional Derecho Penal se debate entre extremos, llevamos el análisis de la conducta omisiva a los marcos de estos puntos, primero, al que denominamos Caribdis (extremo natural de la ciencia criminal pero que al propio tiempo constituyen preocupaciones aún sin resolver, que pueden conducir a dudas o peor aún a la pérdida de la creencia social de esta rama del Derecho) y luego al lado más radical (Escila) visualizado en el actuar omisivo por una posible afectación al principio de legalidad, las exigencias tipificativas de sus figuras delictivas y su relación con otras modalidades de tipos legales.

El extremo natural del actuar omisivo apunta hacia la formulación de diversas interrogantes:

1. ¿Cuál es la naturaleza de la conducta pasiva?
2. ¿Omitir algo implica mantener una postura pasiva totalmente o puede aceptarse la realización de alguna actividad activa?
3. ¿Existen omisiones dolosas o sólo se percibe esta forma de conducta en el actuar culposo?
4. ¿El tipo omisivo es calificado como abierto o estricto?
5. ¿El actuar por omisión implicará una gradación de la pena diferente al delito comisivo?
6. ¿La solución de esta forma peculiar de tipicidad debe estar en la ley o en la interpretación judicial?
7. ¿La llamada posición de garante debe ser demostrada siempre con su consecuente fuente de obligación?
8. ¿Cuáles son las verdaderas y legales fuentes de la posición de garante?

Sin ánimo de pretender resolver las interrogantes expuestas anteriormente colocamos nuestro granito de arena en aquellas que consideramos de vital interés para la dogmática y la práctica jurídico-penal.

La postura humana que es considerada omisiva para el lenguaje y el ojo social implica la no realización de acto alguno, la tranquilidad total ante una situación determinada, sin embargo en el Derecho Penal la cuestión no resulta tan sencilla; quien abandona a un peatón que previamente ha atropellado y se encaminada de forma acelerada hacia su hogar, el padre que lee tranquilamente el periódico mientras su hijo salta por el balcón del apartamento, la enfermera que conversa por teléfono mientras el paciente en fase terminal hace un paro cardíaco, ¿todos permanecen pasivos e inmóviles ante las actividades producidas?

La respuesta lógicamente no es afirmativa, evidentemente cada uno de ellos realiza diversas acciones que ocupan su tiempo y su mente, obviando efectuar las debidas y esperadas por la norma, al decir de Mir Puig, Bacigalupo y Silva Sánchez la no realización de la conducta descrita por la ley tiene lugar casi siempre mediante la ejecución de una acción positiva distinta a aquella, la que no tiene valor alguno para la corporificación del tipo omisivo en su sentido estricto, pero sí cuando la misma se realiza en lugar de la debida.³⁰ Criterio admitido además por Luzón Peña cuando apunta que el concepto de pasividad o inmovilidad que se maneja es relativo o convencional, pues en cada una de las disímiles posturas que puede adoptar el ser humano se ejercitan acciones de alguna forma (mirar u oír, por ejemplo) ya que la inmovilidad muscular resulta rara y excepcional,³¹ siendo entonces el núcleo de la con-

ducta omisiva, no el mantenimiento de una posición estática con los ojos tapados y sin escuchar, sino la no realización de las acciones previamente ordenadas y esperadas por el ordenamiento jurídico.

Otra de las cuestiones que pertenece a la esencia confusa de la acción omisiva y por ende a los delitos perpetrados de esta forma, la constituye los criterios o pautas para distinguirla de la actuación activa, es decir cómo saber si estamos en presencia de un ilícito penal puramente comisivo u omisivo, atendiendo que en la dinámica de conformación de los actos delictivos se entremezclan tanto acciones de hacer como de no hacer, sirvan de ejemplos algunos casos, el conductor de un vehículo que omitiendo colocar en el mismo la debida iluminación atropella a un transeúnte, el sujeto que participa en una estafa solo dando con su presencia credibilidad al ardid que se utiliza.³²

En busca de esta delimitación seguimos los criterios de Heinz Gossel y Heinz Zipf quienes establecen dos ámbitos para la distinción, las estructuras ontológicas prejurídicas y los puntos valorativos ; las primeras se remontan a las opiniones de Von Lizst, Engisch, Kaufmann, Rodolphi entre otros, en cuanto a la determinación de patrones que diferencian a cada una de estas conductas (movimientos corporales, utilización de energía etc) y los segundos afirman que la acción y la omisión no es cuestión de hechos sino de valoración y por tanto algunos analizan el sentido social del acontecimiento (Schmidt, Boldt), otros la imputación objetiva (Stratenwert)³³ y no faltan quienes afirman la imposibilidad de delimitación (Arzt), siendo el criterio de solución para los autores referidos el detenido análisis de la estructura de la acción y su relación con la norma³⁴, los que unido a la relación bien jurídico-destinatario de la ley pueden ayudar en la tan pretendida distinción.

Colman y Schuneman al entender que la exigencia de claridad y determinación de los tipos no debe ser vista en un sentido absoluto, no califican a la comisión por omisión como detractora de legalidad, es decir la denominada *lege stricta* implicará, al decir de estos autores, que los tipos penales deben ser precisos en forma suficiente, por lo que no se descarta la posibilidad de complementación cuando éstos contuvieran algún elemento no escrito (posición de garante).

Si aceptamos esta postura el principio de legalidad quedaría satisfecho en su aspecto formal, al incluirse estas figuras delictivas en los tipos comisivos de resultado, no así el aspecto material, toda vez que el elemento no escrito del tipo deberá ser objetivamente determinado con la ayuda de los criterios aportados por un método racional de aproximación a las fuentes del deber de garantía, las que al ser de suma amplitud impediría el establecimiento de un *numerus clausus* de fundamentación del deber jurídico de actuar en evitación de un resultado típico.³⁶

Resulta cierto que si miramos la amplia lista de fuentes de la obligación que se han planteado como condicionantes para la posición de garante y su forzada configuración en los tipos penales para salvaguardar la determinabilidad objetiva de la norma, estaríamos en presencia de soluciones irracionales, quizás la decisión se ubicaría al decir de Huerta Tocildo en el marcaje por la propia norma de los cauces valorativos, no se produce entonces una creación judicial "ex novo" sino una cooperación del juez con la ley³⁷, el que deberá llenar los aspectos no escritos del tipo de comisión por omisión sin apartarse del espíritu y voluntad del legislador.

La propuesta antes explicada a

todas luces resulta acertada, quien mejor que el órgano juzgador para conformar y sobrescribir los tipos omisivos impropios al momento de su valoración, sin embargo la propia autora reconoce lo titánico de la tarea asignada a la judicatura, pues la propia ley carece de criterios valorativos que faciliten una interpretación judicial precisa y uniforme, dándose por la doctrina otras soluciones, también acompañadas por aspectos favorables y recurribles, pero que buscan en cada caso acercar los delitos omisivos impropios al manto de la legalidad.

Estas perspectivas de solución pueden ser resumidas en dos:

1. Cláusulas de equiparación o equivalencia que pretenden igualar las conductas activas y omisivas previo el cumplimiento de determinados requisitos, plasmados generalmente en dicha cláusula y contenidos en la Parte General de los Códigos Penales.³⁸
2. Tipificación de las comisiones por omisión que se estimen merecedoras de penas, ejemplo en los delitos contra la vida y la integridad corporal, atendiendo al valor del bien jurídico y a su relevancia social.

En la primera de las propuestas se esgrimen en su contra factores de tiempo lógico, la sociedad con su constante desarrollo crea y declarada obsoletas las denominadas posiciones de garantías, algunas de las que surgen podrán ser reubicadas en los patrones existentes pero otras no, sin embargo sus defensores prefieren no la modernidad sino colocar un freno a la creación judicial, que quedará obligada a marchar por una línea de orientación definida y por tanto la seguridad ciudadana estará garantizada.

La labor de tipificación de los delitos omisivos impropios con carác-

ter independiente en la Parte Especial de las normativas penales también encuentra defensores y detractores, los que se ubican en el primer bando apuntan que de esta forma se evita el reenvío a los tipos comisivos, posibilitaría la fijación de una pena menor atendiendo a las características de estas manifestaciones delictivas, además de mejorarse la relación entre las fuentes de garantías y los tipos de delitos en concreto; el bando contrario señala que frente a estas indudables ventajas este sistema incurriría en un excesivo casuismo que no escaparía a la futura aparición de lagunas normativas.³⁹

Cualquiera sea la solución que se adopte deberá tener como objetivo el acercamiento de las figuras delictivas impropias a las exigencias del principio de Legalidad y será el resultado de un meditado análisis que abarque las características de la legislación penal, los fundamentos del sistema jurídico tanto general como particular, sin olvidar los parámetros referidos al proceso de juzgamiento y conocimiento por parte de los tribunales de justicia.

La selección de las conductas humanas que formarán parte de este tipo de delitos deberá también valorar el cumplimiento de la función protectora del Derecho Penal, su carácter subsidiario y el cumplimiento del principio de Necesidad, por lo tanto si el bien jurídico que se ha decidido proteger puede ser custodiado a través de otra norma menos gravosa y que el actuar omisivo que podría lastimarlo no representa una verdadera expectativa social, su tipificación resulta inadecuada.

La excesiva proliferación de novedosos bienes jurídicos, el desarrollo acelerado de la sociedad, la inutilidad o escasa eficacia de otras ramas del Derecho no puede conducirnos a lo advertido hace un tiempo por Elena

Larrauri, a un “archipiélago carcelario” visto ahora como un “archipiélago de penalidades”, sino al equilibrio de la balanza y con ella de los principio de justicia, equidad y legalidad, en este sentido los delitos omisivos, bien propios como impropios requieren de los estudiosos de la ciencia penal una mirada más aguda, que les permita continuar con Ulises buscando el Final.

NOTAS:

* Facultad de Derecho. Universidad de Oriente

¹ Expresión figurativa con que se explica la situación del que no puede evitar un peligro sin caer en otro. (Diccionario ESPASA-CALPES 1987) y que proviene del pasaje homérico que describe la travesía de Ulises entre dos escollos, uno enorme con pico agudo (Escila) y otro más bajo (Caribdis). La Odisea. Colección de Clásicos, Biblioteca Nacional, la Habana 1970, ps 233- 236.

² Muñoz Conde Francisco y García Arán Mercedes, Derecho Penal. Parte General, 2da Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 25

³ Describe Homero en la Odisea que Escila es un monstruo con voz semejante a la de una perra recién parida, con doce pies deformes y seis cuellos largísimos que terminan en horribles cabezas con abundantes y apretados dientes, y que habita en un escollo enorme de pico agudo cuya cima no parece despejarse ni en verano ni en otoño.

⁴ Se conoce como el otro extremo del pasaje, concebido como un cabrahigo grande y frondoso donde la divina Caribdis sorbe la turbia agua, de forma tal que arrastra y succiona todo a su paso, visto como un fenómeno más natural pero tan temible como su vecina Escila.

⁵ Ver Díez Ripollés José Luis “De la

sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Publicado el 4 de enero del 2005, ps 2 y 3.

⁶ Ibid p.4

⁷ La abundancia en la lista de figuras delictivas de aquellas que supuestamente intentan proteger bienes colectivos y por tanto la pérdida de los tradicionales valores individuales ha conducido a que muchos se cuestionen tanto la real definición de Bien Jurídico como de Bien Jurídico Colectivo. Ver Hefendehl Roland. “ Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?. Bienes Jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, Revista de Ciencia Penal y Criminología, 2002.

⁸ El Derecho Penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es solo coacción física, hasta llegar a la guerra. Kant comentado por Jakobs Gunter.” Derecho Penal del Enemigo”. Cuadernos Civitas . Primera Edición, Madrid, 2003. p.33

⁹ Ibid, Fragmentos de los comentarios contenidos en la contraportada del libro.

¹⁰ Silva Sánchez citado por Cancio Meliá en ¿ Derecho Penal del Enemigo?, Cuadernos Civitas, 2003. ps 38 y 39, 82 y 83.

¹¹ Ob.Cit Jakobs Gunter, p 65.

¹² Ibídem

¹³ Ob. Cit Cancio Meliá, p.61

¹⁴ Doctrina que tiene su origen en el siglo pasado y que a partir de la propia versión del surgimiento del universo (teoría del Big Bang), intenta buscar explicación a fenómenos aún sin entender tales como los espirales que forman las galaxias, el movimiento de las lunas, la mancha roja de Júpiter, lo que llevado al referente social puede observarse en el comportamiento de la bolsa de valores, la fecundidad y reproducción huma-

na entre otros . “El orden del caos”. Revista La ciencia y el hombre. Universidad Veracruzana, Volumen XV, Número 3 septiembre-diciembre, México 2003, p.18 y ss.

¹⁵ Efecto que permite describir que la más mínima perturbación en el estado inicial de un sistema puede tener un resultado caótico en el estado final, como lo explica el escritor James Gleick “si agita hoy, con su aleteo, el aire de Pekín, una mariposa puede modificar los sistemas climáticos de Nueva York el mes que viene”.

¹⁶ Ver González Quintanilla José Arturo, Derecho Penal Mexicano. Prate General y Parte Especial. Quinta Edición. Editorial Porrúa, México 1999, p 197.

¹⁷ Lorenzo Morillas Cuevas en ponencia sobre “El Derecho Penal Mínimo o la expansión del Derecho Penal”, la Habana, 2005 comenta las ideas del maestro italiano Ferrando Mantovani. *Diritto Penale. Parte Generale*. 4ª. ed. Padova, 2001, pág. 736. al respecto de la complejización de la dogmática penal y la necesidad de hacer primar el principio de Realidad frente al optimismo utópico de que la sociedad llegará a alcanzar condiciones paradisíacas que coadyuvaran a la desaparición total del delito.

¹⁸ En este sentido hay ciencias en las que el debate vinculado a las manifestaciones conductuales hacer y no hacer no ofrece problemas, ejemplo para la psicología poco importa si el paciente dio muerte a su víctima con una arma o dejándolo sin alimentación, en el fondo el asunto es igual, conducta homicida objeto de estudio.

¹⁹ Insiste el profesor español en que la naturaleza de la acción debe ser localizada en un concepto al menos básicamente ontológico, ajustado a la condición de manifestación de un sector del mundo real que es la conducta humana. Luzón Peña, “La acción o conducta como fundamento del delito”, p145. Aspecto en el se muestra coincidente el profesor cubano Renén Quirós Pírez cuando apunta que el

concepto de acción para alcanzar su pretendida validez tiene que deshacerse de su vinculación a la ley y en este sentido la acción y la omisión deben ser vistas como conductas preexistentes al Derecho "el matar a otro y el no socorrer a las víctimas de un accidente serían una acción y una omisión, aunque no se hallaran prohibidas por el la ley penal". Manual de Derecho Penal Tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana 1999, p.97.

²⁰ Acción como comportamiento socialmente con sentido (Schmidt 1939), "producción voluntaria de consecuencias calculables y socialmente relevantes (Engisch), "conducta objetivamente dominable en dirección a un resultado social objetivamente previsible" (Maihofer). Luzón Peña Ob.Cit ps. 15 y ss.

²¹ Ver Quirós Pérez Ob. Cit ps. 93 y ss.

²² Pérez Cepeda Ana Isabel, "La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución", Editorial CEDECS, Barcelona 1997, p 67.

²³ Se habla entonces en la doctrina no solo de acción esperada sino de inactividad actuante y de expectativa frustrada siguiendo así las corrientes sociológicas del funcionalismo.

²⁴ Jesecheck , Tratado de Derecho Penal Parte General , 1979, p.297 citado por Pérez Cepeda Ana Isabel en Ob. Cit p.69

²⁵ En los delitos imprudentes se requerirá de la posibilidad de finalidad porque el hecho causado podía haberse evitado mediante la conducción final del proceso y en la omisión porque el no hacer lo esperado se pudo evitar finalmente. Ver Jeschek, Tratado de Derecho Penal, p 295 y ss citado por Mir Puig Santiago, Derecho Penal, Parte General. Sexta Edición, editorial Repport, Barcelona, 2002, p. 183.

²⁶ La concepción de un fin determinado en nada se relacionada con el exclusivo reconocimiento de los delitos intencionales sino también con los de naturaleza culposa, en los que a pesar de no existir

el deseo de obtención de un resultado delictivo si son fruto de la realización de una actividad basada en la negligencia, la impericia o el descuido, pero que se encaminaba a un fin predeterminado.

²⁷ Cobo del Rosal y Vivés Antón, Derecho Penal. Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p.383 y ss.

²⁸ Esta relación especial con el sistema normativo a criterio del profesor español, permite entender a la omisión no como una clase de comportamiento prejurídico sino de tipo legal, que implica no la adopción de posturas pasiva sino la no realización de la conducta descrita en la ley, casi siempre mediante la ejecución de una acción positiva distinta a aquella. Ob. Cit Mir Puig pp. 187 ss.

²⁹ El Código Brasileño refiere en su artículo 13 apartado dos : La omisión es penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar le incumbe a quien :

- a) tenía por ley la obligación de cuidado, protección y vigilancia
- b) de otra forma asumió esa responsabilidad de impedir el resultado
- c) con su comportamiento anterior, creó el riesgo de ocurrencia del resultado.

El Código Boliviano por su parte estipula en el artículo 13.bis

Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando el no haberlos evitado, por la infracción de un especial deber jurídico del autor que lo coloca en posición de garante, equivalga, según el sentido de la ley, a su causación.

³⁰ Mir Puig aclara en relación a este falso actuar omisivo, que aún cuando el sujeto omite mediante la pasividad lo hace a través de un comportamiento dotado de significado social positivo distinto al de no hacer algo esperado, pudiendo ser incluso el simple acto de mirar como alguien se hunde en las aguas de un río , Ob. Cit pp 187 y 188.

³¹ Luzón Peña Ob. Cit pp 165 y 166.

³² En el Derecho alemán existe como ejemplo clásico el caso de la entrega por un fabricante a sus empleados de pelos de cabra sin desinfectar lo que provoca la muerte de algunos por carbunco, teniendo que el Tribunal Imperial decidir entre la muerte causada por la entrega de los referidos pelos (acción) o por la omisión de la desinfección, una de estas conductas condicionó las muertes.

³³ Tomando como punto de partida la imputación objetiva, la conducta activa estará presente cuando el autor ha provocado o aumentado el peligro que se ha realizado con el resultado y omisiva cuando no haya disminuido dicho peligro.

³⁴ Heinz Gossel Kart y Zipf Heinz, Derecho Penal. Parte General, traducción de la 7ma edición alemana. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995 pp 212-215

³⁵ Sino se ha logrado consenso en cómo denominar a estas formas delictivas, tampoco su naturaleza o esencia ha escapado a la discusión, algunos consideran que es una forma más del actuar activo y por ende se subsume en los tipos de esta forma de conducta y para otros sólo forma parte de la omisión.

³⁶ Meyer-Bahlburg citados por Huerta Tocildo Susana, Comisión por Omisión y principio de legalidad, Revista Mexicana de Justicia No.2 Volúmen II Abril-Junio 1985, p 268.

³⁷ Ibid, p. 275.

³⁸ Véase la nota No. 29 del artículo referida a las normativas penales de Bolivia y Brasil y en igual sentido el artículo 11 del Código Penal español establece.

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

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

³⁹ La autora Huerta Tocildo, cuyo trabajo ha sido ampliamente comentado en el artículo , se inclina a favor de esta segunda postura, anotando que la idea de regular los delitos de comisión por omisión en la Parte Especial de los Códigos Penales no parece imposible ni inalcanzable, la única dificultad sería la de generar un mayor trabajo para el legislador que tendría que estudiar con detenimiento cada delito.

