

EL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN. ASPECTOS POLÉMICOS EN SU ESTRUCTURA TÍPICA Y EN SU INTERPRETACIÓN. EL JUEZ ENTRE LA ESPADA Y LA PARED

THE CRIME OF COMMISSION BY OMISSION. CONTROVERSIAL
ASPECTS RELATED TO ITS STRUCTURE AND INTERPRETATION.
THE JUDGE BETWEEN A ROCK AND A HARD PLACE

Arlín Pérez Duharte*

Resumen: El delito de comisión por omisión nace en franco campo polémico, el que se ubica desde su propia denominación; entendido, bien como delito omisión impropia o de comisión por omisión, hasta su apreciación como una variante de las normas penales en blanco o de los tipos penales abiertos, lo que incide en su estructura típica, pero fundamentalmente en la interpretación que el órgano judicial hace de él. Tal particular provoca en ocasiones que sea señalado como un posible vulnerador del Principio de Legalidad, aspectos que el trabajo analiza y lleva hasta la realidad cubana.

Palabras clave: Omisión, comisión por omisión, garante, cláusula de equivalencia, estructura típica e interpretación judicial.

Abstract: The crime committed by omission is a controversial topic, which can be identified from its own denomination or understood either as a crime of improper omission or commission by omission, or as a variant of blank criminal laws or open legal description of the crime; which affects their structure, but mainly in the interpretation that the court makes of it. Sometimes that particular causes it as a possible infringement of the principle of legality. The paper analyzes aspects of this issue and leads to the Cuban reality.

Keywords: Omission, commission by omission, guarantor, matching clause, structure and judicial interpretation.

1. Una obligada nota introductoria

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

* Profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Doctora en Ciencias Jurídicas. Máster en Criminología. El artículo es parte de los resultados de la tesis Doctoral defendida con el tema "La autoría en los Delitos Omisivos". Correo electrónico: arlin@lex.uh.cu

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 el caos que provocan las sensaciones encontradas de la sociedad ultradinámica, los niños crecen por minutos y dominan la tecnología que a sus padres asombran; en resumen, el final del mundo parece acercarse.

Esta indescriptible expresión de la postmodernidad 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 (Homero, 1970, pp. 233-236).

Este propio Derecho Penal por naturaleza implica y engendra violencia (Muñoz Conde y García Aran, 1996).

Su esencia expiatoria y aflictiva 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 demuestra 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 Escila (Homero, 1970, pp. 233-234) y por el otro Caribdis¹, 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.

¹ Se conoce como el otro extremo del pasaje, concebido como un cabrahígo 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 (Homero, 1970, pp. 236).

2. La espada

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 pos de esa diferencia.

Las realidades sociales caracterizadas por un desarrollo sin límites de la informática, la genética, la cosmonáutica 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 inseguridad (Díez Ripollés, 2005, pp. 2-3), 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 (Díez Ripollés, 2005, p. 4).

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 colectiva², 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.

² 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, 2002.

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) (Gunter, 2003, p. 33) 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 (Gunter, 2003, p. 33; fragmentos de los comentarios contenidos en la contraportada del libro).

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 (Silva Sánchez, 2003, pp. 38-39 y 82-83).

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 (Gunter, 2003, p. 65). 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 (Gunter, 2003, p. 65).

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 de 2013 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 términos”, se suma entonces la ciencia penal a la ya conocida Teoría del caos³ 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” (Gleick, 2003, p. 20), dentro de un tiempo, quizás no muy lejano que las consecuencias serán impredecibles.

3. La pared

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 eliminar 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

³ 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 humana, entre otros (Méndez, 2003, p. 18 y ss).

no por el derrumbe de los muros de las cárceles sino por la desaparición absoluta del sistema penal, tratado así de darle a la sociedad 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 penal (González Quintanilla, 1999, p. 197), o de una situación de confusión y extravío conceptuales y operativos con sus consecuentes peligros de oscura regresión (Morillas Cuevas, 2005), 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: ¿El esquema de imputación ortodoxo seguirá resolviendo las situaciones cambiantes?; ¿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?; ¿La pena realmente cumple un fin?

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 Derecho.

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; el que particularmente en el caso del delito de omisión llega hasta niveles antagónicos, pongamos algunas bases para un posterior análisis.

4. La omisión como forma de la conducta penalmente relevante: Un debate entre extremos

La omisión, término proveniente del latín *omissio*, *omis*, se identifica con el haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de algún proceso. Su aparición en los primeros textos penales evidencia una interesante paradoja; por un lado es confusa la delimitación de los destinatarios del mandato y la precisión de las omisiones intencionales o imprudentes y, por el otro, las enunciaciones de los tipos señalando lo que se está obligado a realizar son más numerosas y de mayor gravedad sancionadora que los preceptos comisivos. Así el Derecho Prusiano de 1620, en unión con las Constituciones Sajonas, castigó con fuertes penas a los enfermeros que dejasen perecer a los enfermos a su cuidado y la Teresiana de 1768 determinó la decapitación sin empalamiento para una madre, que por simple omisión había causado la muerte de su hijo (Von Liszt, 1916, pp. 305 y ss.). Sin embargo, no es hasta el siglo XIX que se inicia la controversia científica en el Derecho Penal sobre el comportamiento omisivo, siendo considerada, primero, como *otro modo de acción* y luego como *una forma independiente del acto delictivo*; discusión que no ha perdido vitalidad y sigue sumando adeptos para uno y otro bando.

El reconocimiento del proceder omisivo como una forma independiente de la conducta penalmente relevante, implica no sólo entender la esencia ontológica del mismo, sino también identificar la autonomía de las tipicidades delictivas que lo configuran. En consecuencia, posee una naturaleza prejurídica matizada por un fuerte predominio del componente normativo; es omiso el comportamiento ordenado y dispuesto previamente por el sistema jurídico u otras fuentes reconocidas como tal por el catálogo legal. La relevancia penal de una omisión vendrá dada por la notabilidad de la situación o posición de espera que constituye su esencia y por consiguiente resultará necesario no sólo el poder actuar de otro modo, sino además el momento normativo del que se pueda inferir la espera de lo no efectuado.

La omisión puede ser configurada judicialmente en su variante de comisión por omisión; en casos como éstos, el órgano jurisdiccional conforma un tipo penal derivado del delito comisivo, e imputa el mismo resultado, pero ahora causado de forma omisiva y provocado por el incumplimiento de una

obligación jurídica. Es esta la forma más cuestionada del proceder omisivo, atendiendo a las posibles hendiduras que hace en el mencionado principio de legalidad, por lo que se valoran en los foros académicos y legales las posibles soluciones a darle a dicha problemática.

Las mismas transitan desde la conformación de una regla que abarque su admisión sólo en los delitos de resultado, la ordenación expresa en algunas figuras delictivas, o su determinación a través de los criterios de interpretación judicial. Debate del que han estado algo alejados los estudiosos del Derecho Penal en Cuba pero que ocupa hoy un punto en sus agendas, a propósito de los aires renovadores que se respiran en torno a nuestra legislación penal sustantiva, aires que soplan también en otros espacios y que al ser llevados a la forma de la comisión por omisión levantan grandes torbellinos de posturas teóricas y prácticas encontradas, siendo el juez el centro de algunas de ellas, y como casi siempre sucede uno de los responsables en su solución, sigamos mirando a través del prisma del debate entre lo que asusta y lo desconocido.

5. La comisión por omisión. Estructura típica e Interpretación.

Centro de la encrucijada para el Juez

Ocasionar la muerte a una persona ha sido objeto de la represión penal desde tiempos remotos, bien sea ésta ejecutada mediante actos corporales expresos, un disparo, una puñalada certera; o con el empleo de métodos pasivos, el dejar de alimentar o el “olvidar” administrar un medicamento vital para el mantenimiento de un paciente. Ambas conductas son merecedoras de gran reproche y se equiparan en el plano normativo y sancionador, fundamentando la idea de contrastar el no hacer causante de un resultado con el hacer de forma activa.

Esta equiparación entre el omitir y el hacer en relación a un resultado similar marcó el punto de partida en el análisis de los denominados delitos impropios de omisión, nacidos en condición de primogénitos (Mir Puig et al., p. 252) y condujo a que algunos teóricos afirmaran que los mismos constituían la contrapartida de los nombrados delitos de resultado (Mir Puig, 2004, p. 306, p. 370 y p. 145).

En tal sentido, la comisión por omisión ha estado sometida desde su alumbramiento teórico y práctico a un verdadero torbellino de dudas e interrogantes, que hacen de ella no sólo una institución compleja de entender y aplicar, sino también a que se le asocie a la posible vulneración de principios claves del ordenamiento jurídico; de dentro de éste tornado de enigmas hemos escogido algunos aspectos que entendemos medulares para la conformación de nuestro esquema teórico, vinculado al actuar omisivo como manifestación penalmente relevante, y que estarían contenidos en el

análisis de particulares tales como la naturaleza y estructura de los delitos de comisión por omisión, y la posible vulneración que éstos pueden ocasionar al Principio de Legalidad.

Se le atribuye a Luden la distinción entre delitos de omisión propios e impropios, al afirmar que los primeros consistían, únicamente, en la infracción de un mandato; mientras que lo de omisión impropia pertenecían a la clase de “delitos que se realizan mediante acciones omisivas” que afectan derechos de terceros, siendo estos últimos identificados como “acciones”, que con la nota distintiva de ser omisas logran un producto lesivo al orden jurídico imperante (Choclán Montalvo, 1994, p. 374).

La obra de Armin Kaufmann, dando continuidad al empeño de distinguir y particularizar las variantes de la conducta humana en los marcos del Derecho Penal, valora que la problemática de la equiparación de determinadas omisiones con las comisiones activas de delitos era una cuestión de naturaleza no dogmático-estructural; las omisiones impropias se muestran como casos de omisión cualificados por la importancia del deber y la sanción que se le asigna está condicionada a un fundamento axiológico⁴.

En las década del setenta y primera mitad del ochenta se adoptan posturas con matices radicales, que llegan a plantear la plena asimilación de la comisión activa y la comisión por omisión (Herzberg, Jakobs, Freund) y otras, que por el contrario tratan de encontrar, desde perspectivas normativas, los elementos propios de la comisión activa en específicas situaciones omisivas (Herrschaft con la idea de dominio o de creación de riesgo y Silva Sánchez con el compromiso adquirido de contención de riesgos concretos) (Silva Sánchez, 1996, p. 14); sin faltar los que apuntan de manera precisa que, a pesar de que los delitos de comisión por omisión puedan ser relacionados con la causación activa atendiendo a la no evitación del resultado, desde el punto de vista de la forma de conducta, siguen siendo delitos omisivos⁵, para culminar con los teóricos que identifican la pertenencia de la omisión impropia a una tercera forma de la conducta humana⁶, tendencias que siguen caracterizando al nuevo milenio penal.

⁴ Analiza Silva Sánchez, quien es calificado por Enrique Gimbernat como el mayor especialista del tema sobre la omisión es España, que en un primer momento la doctrina se pierde en la búsqueda de una causalidad natural en las omisiones, que posibilitará equiparar, al menos algunas de éstas a los actos de comisión, propósito que al fracasar conduce a la doctrina hacia un escalón superior; donde se distinguen a los delitos comisivos como de dominio y los de omisión de infracción de un deber. Ver Silva Sánchez, 1996, p. 13.

⁵ Al respecto Rodríguez Mourullo, quien niega la posibilidad de que pueda ser admitida una tercera forma de conducta penalmente relevante, y que la misma sea identificada en la comisión por omisión (Rodríguez Mourullo, 1978, p. 223).

⁶ Al respecto Quirós señala que ante el contrapunteo existente por ubicar a la omisión impropia dentro de los predios de la acción o de la omisión, se favorece la adopción de un criterio, en su

A partir del sustrato teórico de considerar a la comisión por omisión como forma básica del actuar omisivo, pero a su vez marcada por elementos de tipicidad y construcción legal propios de las figuras activas, nos afiliamos al criterio que explica las peculiaridades tipológicas de esta modalidad tomando como base los aspectos analizados *supra* para el delito de omisión pura, a los que se le adicionan algunos componentes en su parte objetiva (Mir Puig, 2004, pp. 311 y ss), atendiendo a la ya mencionada particularidad de esta forma del comportamiento.

En tal sentido el tipo de comisión por omisión muestra en la parte objetiva la siguiente estructura: a) situación típica a la que se le agrega la posición de garante, b) ausencia de una acción determinada, ahora completada por la producción de un resultado y, c) la capacidad de realización, seguida por la posibilidad de evitar dicho resultado⁷, además de verificar, ya no como aspecto estructural, la relación existente entre la producción del resultado y la omisión de una acción debida (Gracia Martín, 1994, pp. 55-104).

La situación típica, como primer elemento de la ordenación omisiva, describe el deber de actuar, combinado en el caso de la comisión por omisión con la llamada posición de garante; es decir sólo aquel sujeto con una específica misión de protección de determinados bienes jurídicos podrá ostentar tal calificativo y, por ende, serle exigida una postura concreta, expresada de alguna forma en el tipo penal.

La posición de garante (*Garantenstellung*) o deber de garantía aparece originalmente concebida por Nagler como un componente no escrito añadido al tipo de comisión, y su objetivo está encaminado a la determinación de las personas obligadas, en un caso determinado, a garantizar que el resultado que lesiona o pone en peligro el bien jurídico no se produzca; surgiendo a partir de esta figura la interrogante de cuáles serían los criterios que para el Derecho Penal permitirían atribuir a un sujeto la condición de garante.

opinión, "más lógico", de considerar a la omisión impropia como forma independiente de la figura objetiva (Quirós Pérez Renén, p. 284; Rodríguez Devesa, 1990, p. 368) y considera que la omisión impropia es una combinación de la acción en sentido estricto y de la omisión pura o propia.

⁷ Junto a los planteamientos teóricos del profesor español Mir Puig en este sentido, la jurisprudencia española se muestra conforme con la identificación de elementos propios para el caso de los ilícitos de omisión impropia, así lo muestran las sentencias de 27 de junio de 1997 (RJ1997/4835) en la que actuó como ponente Granado Pérez, la que a su vez ratifica el sentir de resoluciones judiciales anteriores, como la del 19 de enero de 1994, en las que se expone "los elementos integrantes del tipo objetivo serían los siguientes: a) la relación de equivalencia entre la no evitación del resultado y la causación del mismo; b) el resultado producido ha de ser obviamente típico; y c) la infracción de un deber jurídico especial de actuar que era exigible por su posición de garante, la cual a su vez puede venir determinada por una obligación de carácter legal o contractual, o bien por la creación de una situación de peligro o riesgo para el bien jurídico vulnerado mediante una acción o una omisión precedente". Citado por Sanjuán López Raúl, "La comisión por omisión: el artículo 11 del Código Penal", en <http://www.derecho.com/articulos/2002/12/01/la-comisi-n-por-omisi-n-el-art-culo-11-del-c-digo-penal/>, consultado en septiembre 2014.

Así, Feuerbach lo ubicó en la existencia de un deber jurídico de actuar, localizado en la ley o el contrato (Huerta Tocildo S, 1987, p. 29) y Stubel, posteriormente le adicionó a las fuentes originarias, la idea de la injerencia o también llamado actuar precedente; el deber de actuar, en este caso, existe cuando una persona coloca a otra en una situación de la que no puede escapar con vida sin la ayuda de aquélla, y en tal caso el obligado omite actuar, por lo que se convierte en culpable del delito de homicidio (Mir Puig, 1994, pp. 251-296). Tales planteamientos condujeron a una excesiva jerarquización de las fuentes formales la que llevó, en ocasiones, a olvidar que la posición de garante debe existir en relación con bien jurídico dañado.

Para mejorar los defectos de la anterior postura, la doctrina moderna aboga por deducir la posición de garantía a partir de criterios materiales⁸, tomando especial relevancia la teoría de las funciones iniciada por Armin Kaufmann, quien las agrupa en dos direcciones: la función de protección de bienes jurídicos determinados y las funciones que surgen de un deber de control de una fuente de peligro⁹. En el primero de los grupos se analizan los deberes en razón de relaciones personales de cuidado (clásico caso de los deberes de los padres con sus hijos y de éstos con los suyos), en relación a la posición de un órgano representativo (situación de las personas jurídicas y la actuación mediante su núcleo de poder), por estrechas relaciones de comunidad (comunidad de peligro y comunidad de hogar, personas que conviven bajo un mismo techo), y en razón de una función de protección (las personas que disfrutan de una piscina depositan su confianza en el sujeto que se desempeña como salvavidas).

Mientras que el segundo grupo abarca los deberes que surgen de la vigilancia que ha de ejercerse sobre las fuentes de peligro ubicadas en los propios ámbitos de dominio material (dueños de animales peligrosos, construcciones que encierran algún tipo de peligro, industrias) y las que provienen del control que debe tenerse sobre el actuar de terceros (responsabilidad por el actuar de incapaces o menores exigible a tutores y padres). Ambos grupos muestran –al decir de Jescheck– un camino de resolución de la problemática del garante sobre la base del sentido social de los distintos deberes, pero sin perder de vista las bases de las que éstos surgen, pues de lo contrario se abrirían las puertas a una excesiva extensión (Luzón Cuesta, p. 200) de las denominadas fuentes de la obligaciones, disfrutando esta postura teórica de numerosos

⁸ Han sido varios los criterios de naturaleza material que la doctrina contemporánea ha esgrimido para determinar la esencia de la posición de garante; para Schünemann el dominio sobre la fuente del resultado, su solución por Pfeleiderer a través de casos básicos y el contenido del valor del rol social en la relación de garantía expuesto por Bärwinkel. Para mayor detalle, Maurach Reinhart, 1995, p. 249.

⁹ Hemos tomado la clasificación ofrecida por Bustos Ramírez como patrón de nuestras explicaciones y con la que coincide Mir Puig (Bustos Ramírez, pp. 413 y ss; y Mir Puig, pp. 311 y ss).

seguidores (Bustos Ramírez, pp. 413 y ss.; Zaffaroni Eugenio, pp. 578 y ss.; Mir Puig, pp. 314 y ss., entre otros) en la actualidad.

Consecuentemente, la perspectiva de solución debe ubicarse en la integración de ambos puntos, formal y material (teoría material-formal); el primero dirigido a esclarecer las relaciones del sujeto con respecto al bien jurídico y el segundo a valorar las respectivas fuentes de donde surgen tales relaciones (Jescheck y Maurach, pp. 250-251). Unido a las ideas de que la posición de garante depende de la relación personal del sujeto con el bien, es decir al omitente no le es ajeno el interés protegido, y a la posibilidad real de que dicho sujeto pueda evitar el resultado (Mir Puig, 2004, p. 313; Cobo del Rosal, 1991, p. 49); se logra así conformar una visión más uniforme y entendible de la posición de garantía en la situación típica descrita en los delitos de comisión por omisión.

Siguiendo esta línea de análisis nos percatamos que la referida situación típica describe una conducta activa que ocasiona un resultado concreto, el que se discute pueda ser obtenido también de forma omisiva; en tal sentido no son coincidentes los argumentos que alega la doctrina más moderna al ubicar en esta descripción tipológica el sustento legal de la comisión por omisión; se destacan en este sentido la posición de Silva Sánchez, quien califica a los verbos típicos de los preceptos de la parte especial de los códigos como adscriptivos, por lo que adquieren un significado de atribución de responsabilidad y no de descripción de causalidad, por lo tanto al decir “el que mate a otro” se enuncia todo proceso de producción de la muerte de una persona, bien comisivo u omisivo y por tanto sólo es necesario demostrar que el sujeto posee el dominio del riesgo típico normativamente idéntico al que se produce por el movimiento corporal activo para exigir esta variante delictiva (Silva Sánchez, 1996), postura que contrasta con la mantenida por Gracia Martín, al calificar al ilícito de comisión por omisión como un problema de tipicidad y por ende la solución del mismo debe estar plasmada en la redacción de la figuras delictivas, no de manera tácita sino expresa; si el tipo de homicidio sólo acoge la variante directamente activa no se puede alegar para hacer responder a alguien por la no evitación de ese mismo resultado aún la ley recoja las llamadas cláusulas de equivalencia, se aplicaría en ese caso un tipo distinto al de homicidio (Gracia Martín, 1996), criterio con el que nos mostramos conformes no sólo por el cumplimiento que el mismo dispensa a la exigencia de ley estricta sino a los principios garantistas que deben inspirar al Derecho Penal moderno.

No obstante, la posición anteriormente asumida no puede borrar el calificativo de tipos abiertos¹⁰ que las figuras de comisión por omisión adquieren

¹⁰ Al entender como tipo abierto aquel en la que la descripción de las posibles conductas

y donde sólo a través de la labor del intérprete por relacionar el tipo activo escrito contentivo del bien jurídico protegido, con la figura del garante y la fuente de donde surge tal obligación de cuidado, podrá obtenerse la configuración de la mencionada situación típica, y en consecuencia la imputación de los hechos que se juzgan; como bien apunta Luzón Cuesta, la existencia de un deber jurídico que radica fuera del tipo es fundamental para la integración de estas figuras delictivas, pero el sentido del tipo legal es el que decidirá si es o no admisible la equiparación de la comisión por omisión a la comisión activa (Luzón Cuesta, p. 204).

En consecuencia, el elemento no escrito sobre el que la doctrina tanto comenta y que está referido a las fuentes de donde emana la mencionada posición del garante, no lo vemos ni tan ausente de escritura ni carente de especificidad, todo dependerá de las verdaderas fuentes que sean asimiladas como válidas por el ordenamiento penal y sus intérpretes; en tal sentido, si de la selección resulta que las referidas fuentes se localizan en el ordenamiento jurídico, el aspecto de lo no escrito y de la ambigüo puede ser reducido; sólo quedará para cumplir con lo expresado por Huerta Tocildo acerca de la función del juez no como creador *ex novo* sino como cooperador de la ley (Huerta Tocildo, 1985, pp. 275-276), el dotar a la interpretación judicial de pautas que permitan una delimitación precisa de las posiciones de garantía y su estimación en los delitos comisivos.

El segundo momento del tipo objetivo en los delitos de comisión por omisión se obtiene al unir la ausencia de la acción debida con la producción de un resultado obtenido por esta causa, sin que tal binomio sea constitutivo de una relación causa-efecto, pues no toda omisión jurídico-penal que provoca un resultado constituye comisión por omisión; se requiere de la concurrencia de la posición de garantía, ya explicada, y de la capacidad del sujeto para evitarlo. De lo contrario, y como bien señala Mir Puig, pese a la presencia del resultado la ley penal podrá a lo sumo apreciar un delito de omisión pura¹¹.

antijurídicas penalizadas requiere de un previo examen interpretativo por parte del juzgador, con el empleo de los herramientas que ofrece el ordenamiento jurídico en su conjunto, se señala al tipo de comisión por omisión bajo este calificativo; al ser necesario una análisis integral que posibilite, a partir de los elementos indiciarios del tipo, conformar el criterio de antijuridicidad de la conducta omisiva y su relación con la figura delictiva de hacer. Ver Bustos Ramírez, 2006, p. 411; Creus, 1997, pp. 169 y ss y Zaffaroni, p. 577.

¹¹ Junto a la postura de Mir Puig, resulta interesante destacar los razonamientos hechos por Cobo del Rosal en el caso concreto del médico que requerido para prestar asistencia no lo hace, explicando la posibilidad de que se den tres situaciones con diversas soluciones legales: si la intervención médica habría evitado el resultado, el médico estaba en posición de garante y la infracción da lugar a una comisión por omisión; si la intervención sólo disminuye el riesgo, no hay posición de garante y se sanciona como omisión pura del deber de socorro y si la intervención no habría evitado el resultado, aún pronta y diligente, no habría delito alguno.

Como último aspecto de esta estructura objetiva del tipo es preciso que la capacidad de realización esté seguida por la posibilidad de evitar dicho resultado, y para esto no será decisivo la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino –coincidiendo con Mir Puig– sólo la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo; se trata de un juicio hipotético que pretende demostrar con “probabilidad rayana en la seguridad”, que al efectuar el actuar debido y esperado el resultado no se produciría (Mir Puig, 2004, pp. 322 y ss).

Su estructuración puede adoptar dos variantes, reconocidas por la doctrina cubana y refrendadas en la legislación sustantiva: los delitos de comisión por omisión de configuración legal y los delitos de comisión por omisión de configuración judicial; vale aclarar mediante el empleo de las ideas de Quirós, que en la primera de las modalidades la ley regula expresamente la forma omisiva junto a la activa y en la segunda es el tribunal, al momento de aplicar la norma, el que lleva a cabo la configuración, al no existir en modo expreso el delito omisivo (Quirós, p. 285).

Esa específica conformación legal podemos apreciarla en los artículos 194 inciso d) (por negligencia e incumplimiento), 225 incisos a) y b) (utilice o permita que otro utilice; use o permita que otro use), 335.1 (se apropie o consienta que otro se apropie) y 336.1 (se apropie o consienta que otro se apropie) todos del Código Penal vigente (Ley 62 de 1987, Código Penal de Cuba), percatándonos que la técnica legislativa empleada adopta la descripción de la variante activa y la omisiva junto al resultado prohibido (artículos 225.1 a) y b) utilice o permita que otro utilice, use o permita que otro use y artículo 336.1 se apropie o consienta que otro se apropie).

La modalidad de delitos de comisión por omisión de configuración judicial son, como bien señala Quirós, los que han provocado el mayor cuestionamiento de esta forma omisiva, teniendo en cuenta el nivel de afectación que pueden ocasionar al principio de legalidad. En tal sentido, se ha intentado limitar su utilización en aquellos delitos donde la ley aparentemente sólo prohíbe un resultado, sin dar más detalles de la conducta que puede producirlo (el que mate a otro); olvidando los que defienden esta postura que la norma jurídico-penal no se refiere exclusivamente al *ser* sino también al *deber ser*, en palabras de Quirós “los verbos típicos no nos remiten a una realidad puramente naturalística sino a una realidad provista de significado social y jurídico” (Quirós, p. 286).

No obstante, el empleo de la comisión por omisión debe ser limitado y expreso en ley, siempre que la lógica normativa lo permita. Ante estos requerimientos el legislador nacional está llamado a la valoración de dos posibles soluciones a tenor de nuestra realidad: la creación de una cláusula reguladora de las exigencias que permitirán hacer equivalente el proceder omisivo al activo, cuando legalmente no esté conformado; o la ordenación de

subfiguras en aquellos tipos donde la valía y naturaleza del bien jurídico lo permitan (comisión por omisión en *numerus clausus*). Resultando llamativo que en estos momentos de plena efervescencia modificativa en los predios penales, tanto académicos como prácticos del Derecho Penal se inclinen por proponer una cláusula de equivalencia que regule esta modalidad omisiva en la legislación cubana¹²; criterios al que sumamos el nuestro, no sólo por entender el valor que dicha propuesta tiene para con el respeto al mencionado Principio de Legalidad, sino también por su trascendental importancia para la determinación de las formas de autoría y participación.

Por otra parte, la conformación de la cláusula de equiparación obligará a precisar las fuentes de donde se deriven las obligaciones: ley, contrato o hecho precedente; aspecto en el que defendemos la naturaleza normativa de dichas fuentes, entiéndase *normativa* en sentido genérico, por tal motivo no hablamos técnicamente de ley, sino de aquellas reglas de conductas sociales con consecuencias jurídicas y que para nuestra propuesta deben quedar circunscriptas a la Ley, los Decretos-Leyes, Decretos y Resoluciones. Tomando como base de nuestros planteamientos la esencia legalista que parece acompañar al proyecto modificador del Código Penal cubano, cuando dedica su Capítulo II al establecimiento de los Principios que regirán dicha Ley y especifica en el artículo 2 inciso e) *“sólo pueden sancionarse los actos expresamente previstos como delitos en la ley, con anterioridad a su comisión”*. Recordando, que el sentido de *ley* que maneja tanto la doctrina cubana como la práctica es amplio y que el vocablo *actos* no señala actividad comisiva, sino cualquier tipo de comportamiento con trascendencia penal. Por último deberá evitarse consignar la palabra *autor* en el texto de la citada cláusula, para impedir, como ha pasado en el caso español¹³, confusiones al momento de determinar las formas de intervención en estos tipos de delitos.

No obstante, quedaría otra arista del problema sin ver, el conflicto a crearse cuando la conducta omisiva esté recogida en una norma en blanco; aspecto de difícil y controvertida solución, que no es motivo de nuestro estudio y por ende lo dejamos para futuros empeños investigativos.

¹² Los criterios a los que hacemos alusión pueden ser consultados en el Acta conformada para recoger las opiniones de los profesores del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de la Habana junto a la directiva de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales, a propósito del análisis de las modificaciones a ser introducidas en la legislación penal sustantiva. Actividad efectuada en la Sede Nacional de la Unión de Juristas, La Habana, 29 de noviembre del 2006.

¹³ El artículo 11 del Código Español establece que: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial *deber jurídico del autor*, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:...” frase que ha creado dudas al momento de la determinación de autores y partícipes.

El consenso entre la doctrina y la práctica cubana en relación a la norma de equiparación, ante la escasez de estas formas omisivas y, por ende, la poca labor interpretativa realizada por los tribunales para resolverlas, pudiera considerarse innecesaria su creación; pese a ello, al profundizar en las soluciones dadas y en las técnicas empleadas en las sentencias que las han resuelto, ratificamos nuestro parecer en relación a la ya citada modificación de la ley. Sirvan los ejemplos que relacionamos a continuación para fundamentar lo dicho:

La Sentencia Número 631 del 2004 dictada por la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial de Holguín sancionó al acusado C.B.C por el delito de Homicidio, cometido éste al violarse las normas establecidas para el arreglo de determinados vehículos (colocar cuñas o calzos de madera en los neumáticos de un camión); razonando en el Primero de sus considerandos la integración del ilícito de forma imprudente y reservando para la especificación del proceder omisivo y la condición de garantía, que dicho acusado ostentaba, la última de las líneas “...violando las normas establecidas, mató a otro”.

En otro sentido, debemos resaltar la Sentencia 263 del 2005 dictada por la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Santi Spiritu en la que igualmente se analiza un delito de homicidio por imprudencia, en el que resulta fallecido un menor, víctima del no hacer lo debido en una competencia de esgrima; en dicho certamen se violaron tanto las reglas del uso del peto de protección como las exigencias técnicas de las espadas a utilizar, elementos todos que de manera detallada recoge la resolución judicial, la que por demás especifica las fuentes de donde provenían tales requisitos y las obligaciones de los encartados (lineamientos estratégicos establecidos por la Comisión Nacional de Esgrima), metodología que no da lugar a las dudas; el no hacer lo debido es la causa del fatal resultado.

Los ejemplos expuestos hablan por sí solos, al dejar en manos de la interpretación judicial únicamente la integración del delito de comisión por omisión, cuando se trata de ilícitos legalmente no conformados en esta modalidad se pueden correr riesgos de falta de taxatividad; pues, la conducta a imputar estará integrada por el delito comisivo más la fuente de donde emana la obligación del garante, la que en ocasiones está debidamente ubicada normativamente y en otras no. Esta labor no sólo constituye una exigencia típica, sino el primer peldaño en la fijación de los formas de autoría y participación.

Teniendo en cuenta lo anterior podría pensarse en introducir en la parte general del Código Penal una cláusula que posibilite equiparar el proceder omisivo al activo siempre que se cumplan los presupuestos de:

- El comportamiento omisivo, subsumible en el sentido dado por la norma para el delito comisivo produzca un resultado dañoso.

—Este resultado sea consecuencia del incumplimiento de la obligación jurídica de actuar del sujeto garante del bien jurídico.

Dicha cláusula pudiera quedar redactada de la manera que a continuación se expone:

—Si el hecho consiste en la realización de un resultado, sólo se entenderá cometido por omisión cuando por no haberlo impedido, por inobservancia de una obligación jurídica exigible al sujeto, equivalga, según el sentido de la ley a su comisión.

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 un “archipiélago carcelario” visto ahora como un “archipiélago de penalidades”, sino al equilibrio de la balanza y con ella de los principios 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.

6. Bibliografía

Libros, capítulos de libros y revistas

Choclán Montalvo, J. (1994). *La posición de garante como criterio de equivalencia entre la causación activa y la no evitación del resultado*. España: Consejo General del Poder Judicial, CD942309, pp. 1-394.

- Cobo del Rosal, M. (1991). *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Díez Ripolles, J. (2005). De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07, 1-37.
- González Quintanilla, J. (1999). *Derecho penal mexicano. Parte general y especial*. México: Editorial Porrúa.
- Gracia Martín, L. (1994). *La comisión por omisión en el Derecho Penal español*. España: Consejo General del Poder Judicial, CD942302, pp. 55-104.
- Gracia Martín, L. (1996). "La comisión por omisión en el Derecho Penal español", ponencia dictada en los cursos de la Escuela Judicial Española.
- Hefendehl, R. (2002). ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes Jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04, 1-13.
- Homero (1970). *La odisea*. La Habana: Colección de clásicos, Biblioteca Nacional.
- Huerta Tocildo, S. (1985). Comisión por omisión y principio de legalidad. *Revista Mexicana de Justicia*, 2, vol. III, 275-276.
- Huerta Tocildo, S. (1987). *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. Madrid: Ministerio de Justicia., Centro de Publicaciones.
- Méndez, J. (2002). El orden del caos. *La Ciencia y el Hombre*, XV(3), sep-dic, 17-22.
- Mir Puig, S. (1994). *La posición de garante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. España: Consejo General del Poder Judicial, Código CD942306, pp. 251 a 296.
- Morillas Cuevas, L. (2005). Ponencia sobre "El Derecho Penal Mínimo o la expansión del Derecho Penal", comenta las ideas del maestro italiano Ferrando Mantovani referidas a 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 paradisiacas que coadyuvaran a la desaparición total del delito. La Habana.
- Muñoz Conde, F. y García Aran, M. (1996). *Derecho Penal parte general*, 2ª edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Silva Sánchez, J. (1996). Teoría de la infracción penal. Regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación. Ponencia dictada en los cursos de la Escuela Judicial Española.
- Silva Sánchez, C. (2003). ¿Derecho Penal del enemigo? *Cuaderno civitas*, pp. 38-39 y 82-83.
- Von Liszt, F. (1916). *Tratado de Derecho Penal*, traducido de la 20 edición alemana por Jiménez de Asúa. Tomo II. Madrid: Editorial Hijos de Reus.

Fuentes electrónicas

- Sanjuán López, R. (2005) [en línea]. Disponible en: <http://www.derecho.com/articulos/2002/12/01/la-comisi-n-por-omisi-n-el-art-culo-11-del-c-digo-penal/> [2014, 26 de septiembre].

Recibido: 30.04.2014. Aceptado: 28.09.2014.