

Título: “Tres interrogantes acerca de la conducta omisiva”.

Autoras: Ms.C Arlín Pérez Duharte

Lic. Anet Yamila Vega Duran

INTRODUCCIÓN

La omisión dentro del Derecho Penal es un tema que emergió luego del amplio debate del significado de la acción y actualmente se ha desarrollado como una reconocida y estudiada institución en el contexto de las Ciencias Penales, comenzando con propias publicaciones, análisis, debates, gracias también, a una lista de investigadores y teóricos de la doctrina penal, en sentido general. Todo ello debido, por una parte, a la autenticidad de los problemas ilustrados y de las soluciones obtenidas y, por otra, a la multitud de casos en los que dicha institución penal ha encontrado su configuración.

El delito de omisión presenta una compleja problemática dentro del estudio y análisis de la dogmática moderna, por lo que entendemos que un pequeño tratamiento contribuirá, poco a poco, al esclarecimiento de un tema que no ha sido abordado con la profundidad y análisis que merece, a excepción de los grandes maestros del Derecho Penal. Asimismo, pretendemos dejar aclarado que solo intentamos con estas líneas poner de manifiesto los aspectos esenciales que presenta el delito omisivo, con la máxima sencillez y sin pretensiones filosóficas. Es de destacar que la doctrina no ha hecho progresos significativos en lo que hace a las características y fundamentos esenciales de este ilícito que comparado con otros institutos del Derecho Penal no ha llegado al grado de análisis reflexión e investigación que merece.

La comisión o acción siempre fue considerada como el punto de partida para la definición de delito, y como única forma de conducta en la comisión de hechos delictivos. Por ello, los delitos omisivos fueron tratados por muchos expertos de la doctrina penal, como parte integrante de los primeros. Concepto que cambió (aunque no totalmente) dentro del Derecho Penal, a partir de las tomas de posiciones y consideraciones de aquellos para los cuales hoy la omisión es una forma de conducta humana independiente de la acción, aunque guarda relación con ésta. Fue entonces que en el marco del estudio de la presente institución germinaron figuras de relevancia como lo son las formas de la omisión (omisión propia e impropia), la posición de garante, la cual encontramos dentro de la omisión impropia o conocida por casi todos como comisión por omisión.

Muchos han sido los aspectos complejos con relación a la omisión, así como sus principales interrogantes que hicieron y aún hacen que su estudio sea cada vez más profundo y se haya extendido hasta lo que va del presente siglo.

Alrededor de la omisión, se gestan diversas interrogantes que iremos tratando en el contexto del presente trabajo. Como por ejemplo, su diferencia y relación con los delitos por acción, ya que también asumimos a la mencionada comisión por omisión y su situación compleja, de tener de comisión y de omisión; la posición de garante y su relevancia penal especialmente en el marco de la omisión, entre otros aspectos que le sirven de complemento para que exista y se erija en un camino diferente al de la acción como forma tradicional de comportamiento.

Los delitos por omisión traen aparejados sus propios elementos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, aunque en numerosos casos tienen puntos de contacto con la comisión, pues como ya decíamos, ambas formas de conducta no se niegan, es solo que cada una por separado guarda sus características para su posterior identificación. Son varias las reglas con relación a este aspecto, sobre todo, las que hacen típico cualquier comportamiento omisivo, ya sea por omisión propia o impropia, la manera en que fueron estudiadas la antijuricidad y la culpabilidad para este tipo de delito.

La adecuación de la conducta omisiva debemos analizarla de igual forma desde las aristas que nos hemos planteado, tomando posición de que si la misma será con una marcada o no diferencia a la del resto de los delitos. Consecuencia del estudio general de la presente figura del Derecho Penal.

Por último, cabe señalar, que en materia de antecedentes investigativos en Cuba que fijan como centro el objeto de desarrollo de un trabajo similar a éste, no hemos encontrado alguno al respecto, a diferencia de lo que sucede en la doctrina foránea donde las publicaciones, disertaciones, exposiciones etc., de los penalistas más renombrados y también los no tan conocidos, son numerosos, desarrollando capítulos y artículos enteros donde nos conversan sus estudios, ampliados además, por la consideración de otros tratadistas precursores o contemporáneos a ellos.

Teniendo en cuenta la relativa orfandad teórica que en los predios locales padece el tema omisivo, nuestro artículo se propone modestos objetivos, que sirvan más que de guía metodológica, de pautas para una presente y futura polémica científica.

1. Argumentar la configuración conductual propia del delito omisivo tomando como base el análisis del comportamiento humano y la teoría de la acción penal.
2. Caracterizar la corporificación específica de los delitos omisivos a partir de los aspectos del ilícito penal.
3. Valorar los criterios prácticos y legales relacionados con la adecuación de los delitos omisivos.

La indetenible sociedad de riesgo y su “protección” penal ha requerido de la instrumentación de una novedosa Política Criminal y del aumento de la rudeza de la legislación criminal, aspectos que a su vez han traído consecuencias trascendentes tales como la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva¹, 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.

En este panorama los delitos omisivos pueden obtener un protagonismo, quizás no deseado, pero si lógico, atendiendo a sus puntos de contacto con los delitos de peligro, los tipos abiertos, los delitos de sujetos especiales y la necesidad de protección de

¹ 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.

bienes jurídicos novedosos, siendo entonces el tema de la conducta omisiva no un experimento de los académicos y su complejo vocabulario sino uno de los retos inmediatos del postmoderno Derecho Penal.

Primera interrogante: omisión: ¿modalidad del actuar humano o una forma más de manifestación activa de conducta?

El comportamiento humano es objeto de atención para disímiles ciencias reconocidas como tal o no, dígase 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 categorías y doctrinas ha provocado las más encarnizadas discusiones², 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 delito³.

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.

² 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.

³ 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 Pérez 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.

Paralela al finalismo aparece en los círculos doctrinales la teoría inicialmente 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 social⁴, 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 determinado⁵.

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 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 norma⁶.

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 colocarle 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

⁴ 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.

⁵ Ver Quirós Pérez Ob. Cit ps. 93 y ss.

⁶ Pérez Cepeda Ana Isabel, “La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución”, Editorial CEDECS, Barcelona 1997, p 67.

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, Hans 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 general⁷, encontrando su principal limitante en el no reconocimiento del aspecto normativo contenido de la conducta esperada, lo que condujo a Jescheck a reconocer la necesidad de acudir al terreno del injusto como sustrato material de la omisión⁸. 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 sociedad⁹

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 determinado¹⁰ 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

⁷ 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.

⁸ Jescheck, Tratado de Derecho Penal Parte General, 1979, p.297 citado por Pérez Cepeda Ana Isabel en Ob. Cit p.69.

⁹ 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 Jescheck, 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.

¹⁰ 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 predeterminando.

acciones que el sistema espera sean llevadas a cabo¹¹, 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”¹²

Criterios de distinción entre acción y omisión.

La fórmula clásica refleja una concepción que sitúa a la acción y la omisión en el mismo plano sistemático (sea éste el del ser conducta o comportamiento humano o el de las realidades normativas-tipicidad). Sin embargo, se considera, en primer lugar, que los conceptos de acción y omisión no se contraponen, sino que se sitúan en niveles sistemáticos distintos.

En el plano del ser, solo hay procesos causales, algunos de los cuales, que son capaces de sentido, esto es, interpretables y no meramente explicables, reciben el nombre de acciones. Éstas, al ser contempladas desde perspectivas normativas (o sea, a partir de algún sistema de normas, sea éste del género que sea) pueden manifestarse como comisiones o como omisiones. En particular, es eso lo que sucede cuando las acciones humanas se contemplan desde la perspectiva del Derecho Penal, que pueden interpretarse como comisiones u omisiones (realizaciones típicas comisivas u omisivas).

Comisiones u omisiones se distinguen normativamente. Las primeras expresan ingerencias en la esfera jurídica de terceros, (empeoramiento del estado de los bienes jurídicos ajenos) lesiones de su autonomía; las segundas, expresan la ausencia de una intervención de salvaguarda de los bienes jurídicos de terceros, y por tanto, vulneran principios de solidaridad en general.

La comisión por omisión es una situación compleja: es comisión y es omisión. Se distingue de la comisión activa porque en ella no hay una creación activa (por vía causal eficiente) de riesgo. A la vez, se distingue de la omisión pura porque en ella, de modo previo se adquiere voluntariamente un compromiso de actuar a modo de barrera de riesgos concretos que amenazan a bienes jurídicos específicos, (obligación o deber, lo que se denomina doctrinalmente, “posición de garante”). Dicho compromiso produce un efecto de confianza y abandono, tanto en los potenciales afectados como en terceros potenciales intervinientes.

De este modo, si luego se incumple el compromiso de contención dejando que el riesgo se haga actual y se realice en el resultado, se tiene un dominio de dicho riesgo, un control del proceso lesivo que es normativamente idéntico al de la comisión activa, pese a no haber en la conducta del sujeto causalidad en relación con el resultado (identidad estructural y material en el plano normativo).

La comisión por omisión tiene, pues, en común con la comisión activa el que realmente supone una ingerencia del sujeto en la esfera jurídica ajena, al haberse ampliado el

¹¹ Cobo del Rosal y Vivés Antón, Derecho Penal. Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p.383 y ss.

¹² 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.

propio ámbito de competencia a espacios de defensa de terceros, que el sujeto configura, para luego no cumplir el compromiso. Lo importante de ello es que la sanción de la comisión por omisión no se basa en una vulneración del principio de solidaridad sino en una lesión del principio de autonomía. Sin embargo, la comisión por omisión tiene en común con la omisión pura el que ella no crea un curso causal activo que genere la producción del resultado: dicho curso causal, generado por otra instancia natural o humana, se le imputa al sujeto en virtud del compromiso de contención incumplido. Se podría decir que la comisión por omisión y la omisión pura tienen en común la base ontológica de la realización típica (ausencia de generación de un proceso de causación activa del resultado) Y que la comisión por omisión y la comisión activa tienen en común la base normativa de la realización típica. Algunos penalistas plantean que la comisión es auténtica comisión aunque sea por omisión, esto es sin causar activamente el resultado. Y sería, permitiéndoles en una expresión, comisión propia y omisión impropia.

Por todo lo indicado, creemos que responde mejor a la realidad, el plantear el problema de la discusión en términos de diferenciar entre comisión y omisión. Esta distinción, además, tampoco coincide con lo que puede tener lugar entre una realización activa y una omisiva del tipo. Pues, como se ha advertido y resulta evidente, existe una comisión activa y una comisión por omisión. Así las cosas, la distinción entre comisión y omisión se plantea en dos niveles. Por un lado, es una distinción entre omisión pura y comisión por omisión. Por otro lado, es una distinción entre comisión activa y comisión por omisión. Se observa que en realidad, la problemática reseñada tiene sentido claro, se trata de delimitar la institución de la comisión por omisión de las dos figuras que le son próximas y con las que pese a la claridad de la distinción conceptual, puede confundirse en casos concretos.

Ciertamente, muchos delitos, como por ejemplo el homicidio que en principio, se deriva de una norma prohibitiva (no matar) pueden ser realizados tanto por acción como por omisión, pero en este último caso solo puede ser hecho responsable por omisión el que tenga un especial deber de evitar el resultado, lo que demuestra una diferencia valorativa entre la acción y la omisión que impide una equiparación entre ambas formas de comportamiento de forma general y absoluta.

Existe una opinión en la doctrina penal de que la diferencia entre acción y omisión depende del criterio valorativo de la norma de referencia que utilicemos como referente para analizar la conducta humana. De ahí que la distinción no sea siempre fácil de hacer y haya que tener en cuenta siempre la norma de referencia antes que la forma de manifestación misma de la conducta, que siempre está constituida de momentos activos y omisivos.

Sin embargo, Jescheck nos refiere: “el delito omisivo es al igual que el delito imprudente, una forma especial de aparición de la acción punible”¹³. Este tipo de delito puede ser cometidos tanto dolosa como imprudentemente. Los delitos omisivos, de la misma forma que los comisivos, integran el concepto superior del comportamiento humano de considerable alcance social, pero se diferencian esencialmente de los delitos cometidos mediante un hacer positivo en el que no es posible una traslación inmediata de los conceptos y reglas jurídicas desarrolladas para los delitos de comisión. (Dado que

¹³ Jescheck, J. Ob. Cit, p. 431.

la omisión no responde a la misma realidad que el hacer positivo, sino que solo puede ser imaginada como la frustración de la expectativa de una determinada y posible acción del autor).

Por otra parte y en su momento Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán comentaron : “La omisión en sí no existe, la omisión es la omisión de una acción que se puede hacer y por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada en sí, sino siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada.”¹⁴ De aquí se desprende que el sujeto autor de la omisión debe de estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad de acción, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión. Por ejemplo, un paralítico no puede omitir la salvación de una persona que se está ahogando en el río.

Como dirían otros estudiosos en su análisis, “Omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo (voluntariedad, finalidad y causalidad) deben estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión. Así, las causas que excluyen la acción son también, al mismo tiempo, causas de exclusión de la omisión. La posibilidad de acción es por consiguiente, el elemento ontológico conceptual básico común tanto a la acción como a la omisión.”¹⁵

Si partimos de que la acción es el comportamiento voluntario y final que, por ser elemento que ha de concurrir en todo tipo y que muchas ocasiones puede estudiarse con anterioridad al mismo, podemos llegar a la absurda conclusión de que los delitos de omisión no precisan estar constituidos por ningún comportamiento humano. Considerando para este razonamiento la opinión de los antes mencionados tratadistas.

Para obviarlo se afirma que "los tipos omisivos requieren, tanto como los de comisión positiva, de un comportamiento humano, generalmente constituido por una *actividad positiva*. La no realización de la conducta exigida por la ley tiene lugar casi siempre mediante la ejecución de una acción positiva distinta a aquella... Podría decirse que en los delitos de omisión existen tantos comportamientos (positivos) típicos cuantas posibles conductas distintas a la realización de la acción esperada".¹⁶ Pero se dice también, que esta postura es insostenible, pues la omisión no requiere una acción distinta, sino de la omisión de un hacer activo ordenado y exigido.

Ahora bien, del mismo modo que no toda acción es jurídico-penalmente relevante, toda omisión tampoco lo es. Sólo lo son aquellas omisiones que infringen el deber de actuar en un determinado sentido, es decir, la omisión típica. Esto incide en la idea de que el concepto general de acción no es un elemento previo y autónomo a la tipicidad, sino un conjunto de requisitos típicos, que eso sí, tienen que reunir una serie de caracteres para ser considerados humanos: en este sentido igual que cualquier hecho no es considerado acción -positiva (acción en sentido estricto)- humana; cualquier omisión tampoco será considerada omisión humana.

¹⁴ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal, parte general, 5ta edición, Valencia, 2002, p. 237.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ De la Cuesta Aguado, Paz M. Ob. Cit.

Las normas jurídicas o son normas de prohibición o preceptivas. Mediante las primeras se veda una acción determinada, la infracción consiste en la realización de la norma prohibida. A través de las segundas es ordenada una acción concreta; la infracción jurídica consiste en la omisión de ese hacer. Todos los delitos de omisión son infracciones de las normas preceptivas.¹⁷

En Derecho Penal predominan naturalmente las normas prohibitivas porque esencialmente no puede ser misión de las sanciones penales evitar a los destinatarios de las normas, la salvaguarda por medio de su intervención personal de todos los bienes jurídicos puestos en peligro.

La jurisprudencia y la doctrina aceptan de común acuerdo que la mayoría de los delitos de comisión a cuyo tipo pertenece un resultado de lesión o de peligro, pueden ser también cometidos por medio de la ausencia de evitación de dichos resultados en la medida en que existe un deber jurídico de intervenir. Más allá todavía se encuentra la opinión de que también en los delitos de simple actividad entra en consideración una comisión omisiva. Para la solución de un caso de Derecho Penal se plantea ante todo la cuestión, como aspecto relevante para el enjuiciamiento jurídico-penal, de si a partir de un acontecimiento determinado se debe extraer un hacer positivo o una omisión.

Ejemplo: Cuando alguien golpea al agresor en legítima defensa dejándolo tumbado y a consecuencia de ello, se desangra, hay que pensar tanto en un homicida por un hacer positivo como a través de una omisión contraria a deber. También constituye un hacer positivo la entrega del volante a una persona incapaz de conducir.

Por regla general, la cuestión de si un hecho puede concebirse como un hacer o como una omisión, se contesta fácilmente de acuerdo con la comprensión natural de las cosas. No obstante, hay casos que no resultan claros a primera vista, ejemplo, 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 utiliza¹⁸.

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)¹⁹ 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

¹⁷ Así, Kaufman, Armin. "Unterlassungsdelikte", p. 3 y ss; Gallas. "Studien", p. 32, 50; Welzel. "Lehrbuch", p. 200, y s.s.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

relación con la norma²⁰, los que unido a la relación bien jurídico- destinatario de la ley pueden ayudar en la tan pretendida distinción.

Más radical es Cerezo Mir, para quien “la omisión no es acción. Entre la acción y la omisión la única nota común es la capacidad de acción y ésta no permite elaborar un concepto genérico de conducta. El concepto de acción finalista y el concepto de omisión a él referido, pueden cumplir la función de elemento básico, aunque no unitario del sistema”²¹. Pero “la función del elemento básico no implica... la necesidad de que pertenezcan a la acción o a la omisión todos los elementos del tipo de injusto. Basta con que permita una interpretación satisfactoria de todos los tipos de injusto.”²²

Sin embargo, quizás siga siendo conveniente distinguir un concepto general de acción (por utilizar una terminología tradicional) del concepto de acción típica. En este sentido el concepto general de acción cumpliría la función de excluir aquellos actos o sucesos que no son fruto de un actuar humano (actos de la naturaleza o de animales) o que siéndolo no son voluntarios (actos reflejos, etc.).

El concepto de delito es único, mientras que la acción y la omisión son dos tipos de comportamiento distintos para realizar el delito. Por lo tanto, solo podría ser válida la expresión “delitos de acción” para designar a aquellos delitos que única y exclusivamente pueden ser realizados mediante una conducta positiva, o sea, por una acción y por lo mismo, de delitos de omisión únicamente cabría hablar en relación con aquellos que única y exclusivamente pueden realizarse mediante una omisión. Hay delitos que pueden realizarse tanto por una acción como por una omisión y por ello no puede decirse que sean ni delitos de acción ni de omisión en sentido estricto. En estos delitos donde a juicio de algunos autores, se inscribe la llamada comisión por omisión.

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 determinado²³ 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 cabo²⁴, siguiendo la idea del profesor Mir Puig, “la omisión constituye un concepto normativo que exige no sólo el dato

²⁰ Heinz Gossel Kart y Zipf Heinz, Derecho Penal. Parte General, traducción de la 7ma edición alemana. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995 pp 212-215

²¹ Véase, Cerezo Mir. “Curso de Derecho Penal Español, parte general.” Tomo I, 4ta edición, Madrid, 1994, p. 579.

²² Ibidem.

²³ 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 predetermiando .

²⁴ Cobo del Rosal y Vivés Antón, Derecho Penal. Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p.383 y ss.

prejurídico del comportamiento, sino también que éste se contraponga a una conducta descrita en un tipo legal”²⁵

Segunda Interrogante. ¿Tipos penales omisivos?

La tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad en el delito omisivo.

Para que un comportamiento sea delictivo es preciso que se corresponda – que pueda ser subsumido- en una descripción legal. Los delitos son actos típicos y la atipicidad o condición de típico es la consecuencia máxima del sometimiento del Derecho Penal al principio de legalidad. Desde la importancia ideológica y jurídica de ese principio es comprensible que el estudio de la tipicidad haya sido en algunos momentos la parte fundamental de la teoría del delito.

Cuando se aborda el estudio de la tipicidad, no debe olvidarse nunca que la descripción de la conducta a la que llamamos tipo de delito ha sido decidida por el legislador tras una valoración de la importancia de un bien jurídico, en primer lugar, y en segundo lugar, en atención a la gravedad o la denominación que muchos llamaron, peligrosidad social, modo o forma con se ha materializado el ataque al bien jurídico. Por otra parte, exagerar la función de la tipicidad como elemento del concepto jurídico de delito es el camino que conduce a reducir el significado de la antijuricidad y también el de la culpabilidad, a un concepto estrictamente formal y lo que es peor, inútil, confundándose de hecho con la tipicidad. Se hablaba entonces de “antijuricidad tipificada”²⁶ o de hechos típicamente antijurídicos.

Sabemos que las leyes penales describen comportamientos que se supone, significan los más graves ataques contra los más importantes bienes jurídicos (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y además como dicen otros, de lesividad). Por consiguiente, no se incluye cualquier ataque imaginable, sino solo los que se creen más lesivos (conocido en la doctrina penal como protección fragmentaria), ni se protege penalmente cualquier bien jurídico sino únicamente aquellos que no pueden alcanzar protección bastante a través de otros preceptos jurídicos (principio de mínima intervención, que es uno de los principios del Derecho Penal contemporáneo). Las conductas descritas en los tipos son, en principio, las que han merecido esa valoración por parte del legislador, sin perjuicio de que en algunos casos el Derecho justifique o exculpe esos comportamientos, lo cual será excepcional (por ejemplo, matar solo podrá justificarse o exculparse en un reducido número de situaciones).

En torno al tema de la tipicidad, existen aún criterios diferentes, por ejemplo, algunos plantean que la estructura de la omisión tiene como características básicas que es referencia, no existe una omisión en sí, sino siempre en relación a una determinada acción²⁷. Por eso, detrás de la estructura típica de omisión hay siempre una norma de mandato de una determinada acción (socorrer, artículo 489; impedir o denunciar determinados delitos, artículo 338, todos del Código Penal Español. Diferente

²⁵ 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.

²⁶ Quintero Olivares, Gonzalo. Ob. Cit. p. 256.

²⁷ Welzel. “Strafrecht, A. T”, pág. 277. Citado por Juan Bustos Ramírez. Ob. Cit., p. 593.

Rodríguez Mourullo, para el cual la omisión es un concepto real igual a la acción). No podría darse por ello un mandato indeterminado de actuar, ya que en ese sentido siempre se está omitiendo (al ir al colegio, no se va al cine, a la piscina, de compras, etc.).

Están de acuerdo además, que la omisión presupone siempre la existencia de un determinado sistema de relaciones sociales, en que justamente se puede exigir de alguien una acción. La omisión solo surge en virtud de la vida social y en la medida en que ésta configura un sistema que exige en una determinada situación una acción de un sujeto (quitarse el sombrero al saludar, al entrar en una casa, al entrar en la iglesia, etc.). De ahí que al especificarse este sistema de relaciones sociales, la omisión aparece como delitos determinados desde un punto de vista preponderantemente normativo²⁸. La omisión surge en razón que el ordenamiento jurídico ha fijado (valorado) de determinada manera las relaciones sociales. Ahora bien, como la omisión en un concepto de referencia a una acción determinada y de carácter normativo, en cuanto qué es lo exigido en una situación social determinada, necesariamente tal referencia y exigencia han de presuponer la capacidad psicofísica del sujeto para esa acción determinada, de otro modo el mandato no tendrá sentido. No se puede mandar procesos causales ni resultados y tampoco se puede mandar una acción a alguien que no tiene capacidad de llevarla a cabo (socorrer a una persona que se ahoga a un sordomudo paralítico, por solo citar este ejemplo).

Sin embargo, otros autores como es el caso de Juan Bustos Ramírez ²⁹ están de acuerdo de que el hecho de que la omisión sea una vinculación social diferente de la acción ha llevado al convencimiento de que los planteamientos de la acción no les son aplicables en muchos de los casos.

Tipicidad en los delitos de omisión propia.

Tipicidad Objetiva.

En los delitos propios de omisión se castiga la simple infracción de un deber de actuar y equivalen a delitos de mera actividad, siendo descompuesta su estructura en tres partes:

a) La descripción de la situación típica.

En el delito omisivo se plantea ante todo, como elemento, la existencia de una situación (típica) Ejemplo: una persona en peligro o a punto de ser víctima de un delito. Tal situación se perfila como presupuesto necesario del comportamiento típico, pues precisamente de ahí ha de nacer el deber de actuar que la sociedad espera que el sujeto cumpla. Esta situación representará en todos los casos un peligro para un bien jurídico y por lo general está íntegramente expuesta en la ley, siendo conformada además por el elemento de condición personal, es decir el destinatario del mandato deberá gozar de las condiciones físicas y psíquicas requeridas para cumplir la orden dada por el ordenamiento, ejemplo, en aludido delito de omisión de socorro, el socorrista debe estar en condiciones físicas de hacerlo.

b) La falta de actuar exigido por el tipo de mandato.

²⁸ Silva Sánchez, p. 134 ss. Citado por Juan Bustos Ramírez. Ob. Cit., p. 594.

²⁹ Bustos Ramírez, Juan. Ob. Cit., p. 594.

También la acción exigida, única manera de concretar la omisión punible, ha de estar especialmente descrita, no en forma general (por eso socorrer a otro, impedir delitos respecto de otro, etc.) y ser precisamente ella la que se omite. El segundo elemento será la ausencia de acción debida. El comportamiento del sujeto podrá ir desde no hacer absolutamente nada, hasta hacer cualquier otra cosa diferente de aquello que de él se esperaba. O sea, según cada caso: abstenerse de auxiliar, cooperar con la justicia, denunciar el delito, etc.

c) La capacidad real física de actuar del individuo.

El individuo ha de estar en situación objetiva psicofísica de llevar a cabo la acción mandada. Tal capacidad existe aún cuando el individuo no puede realizar por sí mismo la acción, pero puede inducir a otro a su ejecución (ejemplo: el paralítico que ve que alguien se ahoga, puede llamar al encargado de la piscina). El tercer elemento vendrá dado por la capacidad actual del sujeto para no hacer lo que no hizo (actuar) pues puede suceder que por ejemplo, prestar auxilio comportara riesgo personal, en cuyo caso, la doctrina penal erige si criterio a que no resulta exigible el heroísmo. Por eso, precisamente, los delitos de omisión del deber de socorro y de omisión del deber de impedir determinados delitos, de los que mencionamos anteriormente, advierten en su fórmula legal que el sujeto tiene que haber podido actuar sin riesgo propio ni ajeno. Ese elemento característico por otra parte, es considerado mayoritariamente de cariz culpabilista, toda vez que la exigibilidad de conducta constituye como de los elementos fundamentales de la teoría de la culpabilidad. Para ello, se requiere que concurren determinadas condiciones externas-cercanía espacial y temporal entre el sujeto y la situación típica, medios de salvamento, etc., y personas, que el sujeto cuente con los suficientes conocimientos y facultades intelectuales para realizar la acción

En los delitos de omisión pura el deber nace con la presencia de la situación típica y obviamente para todos los sujetos que se encuentren ante ella. Así todos los que se hallen a una persona accidentada y puedan socorrerla tienen que hacerlo

Con la concurrencia de estos elementos se cumple el tipo del delito omisivo puro, que después sobrevenga o no un resultado es cuestión que ya no contempla normalmente el Derecho positivo en esta clase de infracciones, que por eso se verifica aún cuando otra persona, inmediatamente después, por ejemplo, haya prestado el socorro que el sujeto no prestó.

Tipicidad Subjetiva.

En oposición a la doctrina dominante, Armin Kaufmann³⁰ sostiene la opinión de que conceptualmente no sería posible la existencia de un dolo de omisión construido en oposición a los delitos de comisión. El dolo debe referirse a todos los elementos del tipo objetivo, incluidos aquellos de carácter especial que caracterizan al tipo objetivo de los delitos de omisión impropia. La omisión propia admite la versión dolosa y la imprudente, caso de estar esta última legalmente prevista. La dimensión cognoscitiva del dolo exige que el sujeto sea consciente de que concurren todos los elementos del tipo objetivo. La dimensión volitiva del dolo consistente en la expresión de la voluntad de no realizar la acción exigida, es decir, como volición del tipo objetivo.

³⁰ Kaufmann, Armin. "Dogmatik", 1973, p. 97.

El aspecto básico subjetivo es el dolo al igual que en los delitos de comisión dolosos. Pero el dolo tiene en los delitos de omisión características especiales, que han llevado a llamarle por muchos en la doctrina “cuasidolo” (Armin Kaufman en contra de Rodríguez Mourullo) y ello porque como no está referido a un proceso de dirección real (ya que es justamente la no realización de una acción determinada exigida) no se da el aspecto volitivo del dolo, que está precisamente en relación a una relación (el delito de comisión doloso es la realización querida). Aquí en cambio el proceso real se produce en forma ajena al actuar del sujeto, (por fuerzas de la naturaleza, por ejemplo, respecto de la persona desamparada en la omisión de socorro, o por fuerzas humanas; la realización de un delito en la omisión de impedir determinados delitos)

De modo entonces que para la existencia de dolo en el delito de omisión basta con el aspecto cognoscitivo. O sea, que el sujeto tenga conciencia de la situación típica, de la acción que se le exige y de su capacidad psicofísica de actuar. El aspecto volitivo resulta totalmente indiferente y sin sentido exigirlo, el que internamente quiera que realice un delito o el peligro para el desamparado es indiferente, lo importante es que no actúa, a pesar de ser consciente del aspecto objetivo de la omisión típica. Más aún, plantear la exigencia del querer sería llevar a la impunidad todo delito de omisión, pues resultará muy difícil probar un mero proceso interno, que no es una voluntad realizarla (en los delitos de omisión como vimos no hay probabilidad de causalidad y por ello mismo tampoco de dirección o finalidad, luego no puede haber querer en el sentido de voluntad realizada como en los delitos de comisión dolosa).

Tipicidad en los delitos de comisión por omisión.

Tipicidad Objetiva.

Determinados sujetos tienen un deber específico de actuar para evitar que se produzca el resultado típico. A éstos se les denominan “garantes” y se dice que han cometido un delito de omisión impropia si se abstiene de cumplir con el deber específico mencionado. La comisión por omisión u omisión impropia equivale a un delito de resultado.

La estructura de la tipicidad objetiva de la comisión por omisión se corresponde con las omisiones propias salvo en el detalle de agregar a cada elemento del tipo objetivo un nuevo componente. Así tenemos:

1. A la “situación típica”, debe añadirse la posición de garante del sujeto activo.
2. A la “ausencia de una acción determinada”, se añade la aparición de un resultado.
3. Y “la capacidad de realizar la acción debida”, debe comprender la capacidad de evitar la aparición del resultado.

Tipicidad Subjetiva.

El tipo subjetivo, doloso e imprudente, no ofrece diferencias respecto del tipo subjetivo de la omisión, salvo que se refiere a un tipo objetivo con ciertos componentes nuevos tal como hemos visto. En caso de existir dolo el autor debe estar consciente acerca de los elementos especiales de autoría pertenecientes al tipo objetivo. O sea, el dolo debe referirse incluso a la posibilidad de poder desarrollar una cierta actividad conducente a la evitación de la lesión inminente del bien jurídico. También cabe apuntar que estos delitos, el dolo se presenta en cualquiera de sus formas, es decir, desde el dolo eventual hasta la intención. La exigida previsión o previsibilidad individual debe en el delito culposo-en correspondencia con el dolo- extenderse asimismo a todos los elementos del tipo objetivo, o sea, también a la posibilidad de evitar el perjuicio de un bien jurídico, como a la posición de garante. Por otra parte, se señala también, que en razón de la índole peculiar de la omisión, el dolo, elemento central del tipo legal, no puede ser analizado de la misma manera que en los delitos de comisión. El agente debe tener conciencia de la situación de peligro, de su capacidad de obrar y de las circunstancias de las que deriva el deber de garante. La voluntad del autor es tan difícil de ser determinada como en el caso de la omisión propia. En efecto, en la mayor parte de los casos, el delincuente no toma abiertamente la decisión de abstenerse. De modo que la conciencia del agente y su actitud frente a la situación concreta devienen en factores decisivos. El desconocimiento de uno de los elementos del aspecto objetivo del tipo legal constituye un error de tipo legal. En este caso, no se puede deducir del comportamiento del agente la voluntad de abstenerse y de provocar así el resultado. Permanece abierta la cuestión de saber si él ha actuado culposamente respecto de los casos en que la ley dispone la represión a título de culpa.

Ejemplo: Un paseante camina por la solitaria rivera de un lago y observa a un bañista que está a punto de morir ahogado, lejos de auxiliarle o demandar auxilio el paseante se apresura a abandonar el lugar, pereciendo momentos más tarde la víctima. La conducta descrita constituye un delito de omisión propio al cumplirse todos los requisitos exigidos en el tipo del artículo 195 del Código Penal español. Veámoslo: existe una “situación típica” (desamparo y peligro manifiesto de la víctima, se comprueba que pudo auxiliarle sin poner en peligro su vida); “ausencia de una acción determinada” (no le auxilia, ni demanda ayuda); “capacidad de realizar esa acción” (sabía nadar y además había un bote de remos amarrado a la orilla)

O sea, cumple con todas las circunstancias objetivas, además de la subjetiva ya que era consciente de la alta probabilidad de que se produjera el resultado de muerte. Imaginemos ahora la misma con la variante siguiente:

El paseante no era tal, sino un vigilante contratado por el municipio, quien entre otras obligaciones tenía el deber de prestar su auxilio en caso de accidentes como el descrito. En este caso, el vigilante es autor de un delito de omisión impropia y en virtud del artículo 11 en relación al 138 (Código Penal español) comete un homicidio doloso: a la situación típica se añade la posición de garante del vigilante, a la ausencia de una acción determinada sigue el resultado de muerte; la capacidad de acción comprendía la capacidad de evitar ese resultado. Por lo tanto, se cumplen todos los requisitos exigidos en el tipo objetivo, en conclusión, de mediar dolo, el vigilante responde como autor de un delito de homicidio (artículo 138 Código Penal español, por citar solo un ejemplo a partir de lo que se expone doctrinalmente) en comisión por omisión.

Antijuricidad y Exigibilidad.

Podríamos definir a la antijuricidad como la contradicción del acto con respecto al Derecho, entendiéndose así en el sentido de ilicitud.

Dicha antijuricidad puede ser de dos clases, según afirman los estudiosos del Derecho Penal: formal y material. En el primer caso, se aprecia una situación en la cual el acto en cuestión se declara ilícito precisamente por el hecho de ser contrario a las normas establecidas en el propio Código Penal, mientras que, en el segundo supuesto de antijuricidad, el acto analizado no sólo vulnera el Derecho positivo, sino que, además, da lugar a la violación de determinados intereses u ordenes de carácter positivo o superior para la sociedad en general.

Con todo, la prevalencia de la denominada antijuricidad formal es evidente, ya que, en todo caso, nuestro Derecho penal se encuentra indiscutiblemente dominado por el principio de legalidad.

En cuanto a la valoración de la citada antijuricidad, se aprecian dos posibilidades diferentes:

- Criterio objetivo, o antijuricidad objetiva, a cuyo tenor, el juicio de valor sobre la antijuricidad, se lleva a cabo de una manera objetiva, es decir, se procede a la comparación del acto que se ha ejecutado, con las normas del Derecho positivo, viendo el resultado lesivo o de riesgo para un bien jurídico concreto, que haya tenido lugar. Este es el criterio de valoración mayoritariamente aceptado.
- Criterio subjetivo, o antijuricidad subjetiva, conforme al cual, sólo puede hablarse de antijuricidad cuando se realiza la comparación del acto ejecutado y de la voluntad de su autor, con las normas del Derecho objetivo. Así, desde este punto de vista, sólo existen las ilicitudes culpables.

Al igual que en el delito de comisión, también en el delito de omisión al realizarse el tipo está dada la materia de prohibición, a no ser que concurra una causa de justificación que excepcionalmente autorice la realización del tipo. Vienen en consideración todas las causas de justificación que pueden justificar un delito de comisión, de las cuales solo tendrán importancia práctica el conflicto de deberes y el conflicto de un deber con el interés en la propia conservación. Ejemplo de justificación de una omisión imprudente: quien acude a toda prisa a salvar a un niño que ha caído al agua desde un puente, dejando a su perro merodear por la calle sin vigilarlo, no responde por imprudencia en caso de que se cause un accidente de tráfico advertible, debido al animal, del mismo modo que no respondería por dolo si se hubiese dado cuenta del riesgo.

Se plantea que tampoco aquí rigen reglas especiales; a referencia se hace a las correspondientes exposiciones hechas en materia de delitos de omisión impropia. En contradicción con la doctrina dominante, la exigibilidad es considerada como elemento de la responsabilidad por el hecho y no como elemento típico, (es así como lo sostiene la doctrina dominante).

Sin embargo y en especial, para comprender el alcance de la naturaleza antijurídica de la comisión por omisión es corriente comparar las situaciones respectivas de quien comete un delito de simple omisión y de quien realiza uno de comisión por omisión. En tal sentido, por ejemplo, puede compararse la conducta de quien encuentra un menor

abandonado y omite presentarlo a la autoridad (artículo 276 de Código Penal cubano) y la de quien, encargado de la vigilancia y cuidado de un enfermo mental, deja que este se precipite en la intensamente transitada vía pública, donde es fatalmente atropellado por alguno de los vehículos que circulan por la avenida. El que encuentra al niño abandonado está obligado presentarlo a la autoridad. La ley ordena que se sitúe en el sentido de presentar. Si el obligado no actúa, no responderá por el resultado de su inactividad, sino únicamente por su inactividad. Teniendo en cuenta las características peculiares de la omisión impropia, es necesario tomar en cuenta todas las circunstancias de justificación. El caso más frecuente es el del conflicto de deberes: el agente está obligado a prestar auxilio simultáneamente a dos o más personas. Se trata de un caso de estado de necesidad. En doctrina, se admite, diferentemente a lo aceptado en el dominio de los delitos de comisión, que este estado de necesidad constituye también una justificante a pesar de que los intereses en conflicto son iguales. Este criterio es justo en la medida en que el autor cumple su deber de obrar.

En cambio, en el encargado de la vigilancia y cuidado del enfermo mental, su tutela y custodia se han puesto a cargo de aquel. Si frente al peligro de la vida o de la integridad corporal de enfermo mental, el enfermero se abstiene de actuar y consiente el perjuicio o daño resultante, este puede concebirse como consecuencia de la abstención.

De lo expresado se infiere una conclusión importante: en los delitos de simple omisión existe un deber de actuar, mientras que en los delitos de comisión por omisión existe un deber de actuar para evitar el resultado. Por consiguiente, para el Derecho Penal no basta con el “evitar el resultado”, sino que es necesario también ese “actuar para impedir el resultado” sea debido: las personas que consternadas presencian cómo la llama de un voraz incendio ha dado muerte al morador de un apartamento situado en los pisos altos de un edificio, es evidente que no impiden resultado, pero no incurren en responsabilidad, por cuanto no tenían obligación (deber) de actuar.

Culpabilidad.

Es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.

Para Vela Treviño, la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta.

En relación con la culpabilidad se aplica lo señalado para el delito de comisión. Al conocimiento o cognoscibilidad de la prohibición en el delito de omisión el conocimiento o cognoscibilidad del mandato.

No obstante, existen cuestiones poco claras, al aceptarse en amplio sectores que, en los delitos de omisión, junto a las causas generales de atenuación o exclusión de la culpabilidad, también podrán influir en el juicio de culpabilidad consideraciones sobre la evitabilidad generales de carácter suprapositivo.

Regulaciones de la exigibilidad se encuentran en los delitos de omisión propia, pero no equivalente a la comisión y ya por ello solo si se tiene en cuenta tal importancia, son trasladables a los delitos de omisión equivalentes a la comisión, con sus deberes más importantes. El hecho de que también en el delito de omisión equivalente a comisión el empleo de esfuerzo necesario para evitar el resultado puede introducirse en la

ponderación de deberes, no supone un problema especial de la exigibilidad, sino que se deriva de las reglas generales de la justificación en supuestos de conflictos.

El autor culpable penalmente debe tener conciencia de la obligación de obrar que le impone el orden jurídico; es decir del mandato que se deriva de su posición de garante. El error sobre la naturaleza o la extensión de este deber constituye un error de prohibición, más exactamente de mandato. En lo que se refiere a las circunstancias de ausencia de culpabilidad el análisis no presenta nada de especial en comparación a la omisión propia.

En suma, son determinadas las reglas generales de la culpabilidad; no hay que reconocer una exigibilidad específica de la omisión. Para la culpabilidad en la omisión imprudente rigen paralelamente, junto a otras, las consideraciones relativas a la exigibilidad en el delito imprudente de comisión. Al indagar la evitabilidad típica (la capacidad de evitación concreta) se supone una voluntad dominante de evaluar la situación; el que falte una voluntad dominante y por eso el omitente imprudente no realice lo que el autor doloso, merced a su dolo, no tiene que realizar, esto es, la evaluación de la situación, exculpa en los casos en que el autor no es responsable de haber mantenido la serenidad, particularmente porque el déficit cabe derivarlo de su actitud valorativa. La doctrina cita un ejemplo para mostrar concretamente lo anterior: está exculpada la madre que al oír que su hijo ha sufrido un grave accidente y al realizar la resolución concebida en el acto, de apresurarse al hospital, olvida desconectar la plancha produciéndose un incendio; sin embargo, no está exculpada si sufre la misma pérdida de serenidad al saber de su tienda de moda que acaban de recibir nuevos modelos. No es la intensidad psíquica de la impresión lo decisivo, sino la actitud valorativa.

Tercera Interrogante. ¿Reglas de adecuación para el delito omisivo?

Aunque se ha dicho que existen tres etapas en la adecuación o individualización de la pena que han sido definidas como la legal (o sea, la que hace el legislador al hacer la ley), la judicial (la que hace el juez al imponer la sanción) y la administrativa (los trámites correspondientes ya a la ejecución de la sanción por parte de las autoridades penitenciarias o los Tribunales de ejecución), en realidad hay consenso entre muchos estudiosos del Derecho en el sentido de que no existen tres etapas en la individualización de la pena sino que son tres actividades que convergen en una misma tarea individualizadora.

- **La individualización legislativa.**

El legislador, término empleado comúnmente para la personificación del órgano encargado en la función legislativa (Parlamento, Congreso, etc.) Crea las figuras o tipos penales y establece las sanciones aplicadas por su trasgresión, elevándolas a la categoría de ley. Fija marcos genéricos de extensión de las penas a los que deberá remitirse el Juez en su función de aplicación del Derecho Penal. Dicha función estará en concordancia, evidentemente, con los intereses de la clase social en el poder. La individualización legislativa, y su realización corresponde, por supuesto, al legislador. Éste en el cumplimiento de la función que le confiere el Estado, preestablece, las distintas clases de penas o medidas, sea con relación al hecho o al sujeto, de manera que el juez encuentre hecha ya una clasificación individualizante, a la cual debe someterse.

Pero la ley, debe conservar siempre su carácter de principio genérico, y siendo así, no puede ir más allá de separar genéricamente categorías de hechos y de sujetos, por lo que algunos tratadistas sostienen que la fase individualización legislativa tiene valor muy

relativo. Hay que concluir que la mayor o menor importancia del momento de la individualización judicial estará siempre en dependencia de si la ley predispone o no distintas medidas y magnitudes penales en la represión de los delitos en especie, de manera que en el primer supuesto, o sea, cuando el legislador señala más de una medida (privación de libertad o multa, por solo citar a estas dos) para que el tribunal aplique la que considere más conveniente y a la vez fija límites mínimos y máximos. La adecuación judicial cobra importancia extraordinaria, y puede hablarse de que existe el arbitrio judicial en la determinación de la especie de sanción y de su magnitud, dentro de los límites fijados por el legislador.

- **La individualización judicial.**

Implica la aplicación práctica de las leyes promulgadas por el legislador y es función en la que el Juez desempeña un papel de primordial importancia, pues el mismo deberá aplicar a cada caso en particular sometido a su consideración la naturaleza y medida de la sanción que entienda adecuada al mismo y utilizará para ello los marcos generales ya establecidos por el legislador. Esta labor, por la trascendencia y repercusión que tiene sobre las personas que somos objetos de la aplicación de la respuesta penal; se ha considerado como en el momento cumbre o de mayor importancia en la aplicación del Derecho Penal. La individualización judicial, o sea, el de la aplicación por el Tribunal juzgador de la medida que estime adecuada al caso concreto, dentro de lo que la ley ha dispuesto para la represión de los delitos en particular.

- **La individualización colectiva.**

Es una fase extra o post-judicial, aunque encaminada a garantizar el cumplimiento de lo que se dispuso durante la fase judicial. Conocida también como adecuación penitenciaria. Se refiere a la adopción de las medidas de carácter administrativo-organizativo por parte de las autoridades penitenciarias que posibiliten en el mayor grado de cumplimiento de las sanciones fijadas por el órgano juzgador.

En sentido general, todos los códigos penales contienen criterios o normas para la determinación de la sanción, los cuales siempre deben estar presentes, pues su ausencia convertiría estos códigos en inútiles, inobjetivos y en un arma para golpear sobre las cabezas de quienes trasgreden sus normas.

El marco de la sanción se determina fundamentalmente en base a la proporcionalidad de la pena con el injusto del hecho y la culpabilidad concurrente.

La Adecuación Legal del delito omisivo en la Parte Especial del Código Penal cubano y en la legislación foránea.

Como recurso ilustrativo de los criterios adecuativos acerca del delito omisivo escogimos algunas de estas figuras reguladas tanto el Derecho Penal nacional como extranjero, en aras de comparar sus marcos sancionadores, entre sí y dentro de los delitos comisivos; es decir buscar el comportamiento regular de su fijación penal como delito omisivo propio y su proporción con los delitos comisivos.

Concretamente refiriéndonos a los tipos omisivos estudiados, tenemos que el preceptuado en el artículo 101.1 de nuestro Código Penal es un delito contra la

Seguridad del Estado que atenta concretamente contra la Seguridad Interior del mismo y por esta razón creemos que el marco es más alto respecto a los restantes tipos penales. Ejemplos todos de delitos cometidos por omisión que han sido objeto de estudio, pues lo que se protege aquí es la seguridad interior de una colectividad, de nuestro Estado Socialista, de todo su territorio, de cada uno de los elementos que conforman el Estado y su seguridad interior, asimismo, la importancia que reviste para todo ello la peligrosidad social que pudiera y de hecho acarrea dicho delito como los otros que atentan contra la Seguridad del Estado. Sus límites son de 3 a 8 años de privación de libertad y no contempla la multa como alternativa o como una más de las sanciones a imponer.

Las restantes figuras típicas que conforman este capítulo se dan por acción y muy pocas ejemplifican conductas omisivas, la gran mayoría de las primeras señalan penas de más de 10 años y además la pena máxima que prevé nuestro Código Penal, la pena de muerte.

En relación con el Derecho Comparado obtuvimos que en el Código Penal argentino, por ejemplo, solo se inhabilitan especialmente ³¹ de uno a seis años a los funcionarios que no resistieron la rebelión o sedición, por su parte, la legislación penal sustantiva de Costa Rica condena a los comisores de este delito (funcionarios públicos) desde un mes hasta dos años de privación de libertad, en ambos, los restantes delitos que violan la integridad o ponen en peligro la seguridad interior de un Estado o atentan como dice Argentina contra los Poderes Públicos y el Orden Constitucional, las penas a imponer son relativamente mayores respecto al delito que analizamos.

Por ejemplo, para los argentinos la pena de inhabilitación especial es la de menor rango, por decirlo de alguna manera, en la clasificación de las penas, pues se comienza verticalmente desde la privativa de libertad hasta la inhabilitación, en la cual encontramos la absoluta y la especial. Para el delito que analizamos, la pena a imponer en el país suramericano, es una de las pocas dentro del título correspondiente que contempla una sanción de este tipo, las restantes que provienen de delitos cometidos por acción en su gran mayoría, ostentan penas de privación de libertad que se mueven desde uno hasta cuatro años, desde dos hasta seis, uno hasta ocho años, y como una de las máximas penas a imponer es la desde cinco y hasta quince años de privación de libertad para el delito de Rebelión en dicha legislación penal sustantiva.

Con relación a la Ley Penal costarricense, los delitos por acción que se encuentran dentro del título que violan esta tipicidad omisiva, sus penas están dentro de un año hasta cinco, pueden ser además, desde un mes hasta dos años, seis meses hasta tres y la máxima que contempla el título es la de dos años hasta los diez.

Todo lo cual nos hace resumir que de entre los delitos cometidos contra la Seguridad del Estado, el de Infracción de los Deberes de Resistencia, solo en el acto de no resistir como conducta omisiva, es uno en el que su marco penal oscila entre límites menores que en los restantes en los que por su naturaleza se cometen por comisión. Aunque es éste uno de los dos de mayor marco penal entre los que estudiaremos en el presente

³¹ Inhabilitación Especial es una de las penas principales legalmente establecidas por el Código Penal argentino y la misma para estos efectos producirá la privación de empleo, cargo, profesión derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. (artículo 20).

epígrafe. La opinión judicial al respecto se pronuncia por una nula existencia de casos referidos a la citada tipicidad delictiva.

El segundo marco a analizar es el del delito de Desobediencia del artículo 134 de la legislación penal sustantiva de nuestro país. Delito mediante el cual se protege la jerarquía que emanan de las autoridades y de los tribunales competentes, dentro de los principios del Derecho y con las formalidades legales que merecen.

Es este un delito contra la Administración y la Jurisdicción, específicamente lo encontramos dentro de los delitos contra la Administración y es un hecho que atenta contra el buen desempeño de los deberes que le son inherentes a la función pública. Sin embargo, el marco penal del mismo oscila entre tres meses y un año de privación de libertad o multa de cien a trescientas cuotas y pertenece a la competencia de los tribunales municipales populares. Dentro de su título es uno de los de menor marco sancionador.

En el Derecho Comparado, el Código Penal de El Salvador lo sanciona solamente desde seis meses hasta un año de privación de libertad y además inhabilitación especial³² al sancionado en igual período para que se desempeñe en el cargo o empleo. Y también dentro de su título es uno de los de menor marco penal respecto a aquellos que en el mismo, se cometen por acción, los que oscilan con penas desde treinta días hasta cincuenta días multa, seis meses hasta dos años de privación de libertad, seis meses a tres años, cuatro a ocho o cinco hasta los diez estas últimas de privación de libertad. En todas además, se inhabilita especialmente al condenado. Por solo citar estos ejemplos he dicha legislación penal, pues en otras no encontramos la institución penal omisiva que es analizada aquí.

Por su parte, el artículo 135.1 del mismo cuerpo legal, me refiero al delito de Abandono de Funciones, presenta un marco penal ajustado a Derecho, a la repercusión que cometerlo traería como consecuencia y a la peligrosidad social que entrañaría. Como analizamos en el Código Penal nuestro, su marco oscila entre los tres y ocho años de privación de libertad, elemento por el cual guarda similitud respecto al primer delito analizado en este epígrafe. Y buscamos la respuesta en la propia naturaleza del delito y de los elementos antes mencionados por cuanto es un tipo que aunque no se encuentra dentro de los que atentan contra la Seguridad del Estado pues no tiene intrínsecamente contemplado el propósito de afectar, es válida la aclaración, la Seguridad del Estado cubano. No obstante, dicha figura repercute por cuanto afecta la imagen de nuestro país en la esfera internacional, nuestro prestigio, iría en contra del normal desarrollo de las actividades que realizan cabal y ejemplarmente nuestros funcionarios en el extranjero, etc.

Hay que recordar que un funcionario o empleado cubano que cumpla alguna misión en el extranjero, son en ese momento los representantes de algún interés o intereses cubanos en el Estado receptor y por lo tanto están investidos de funciones para las cuales fueron designados, las cuales deben cumplir y una vez acabadas estas deben regresar a la Patria nuevamente.

³² Para este Código Penal y para todos los efectos del artículo de Desobediencia, la Inhabilitación Especial comprende: La suspensión del ejercicio de una profesión, arte, oficio o actividad estén o reglamentadas; la suspensión definitiva de cargos públicos *Ad Honores* que estuviere desempeñando el condenado. Dichas Inhabilitaciones especiales deberán especificarse claramente en la sentencia.

Además, se trata como ya hemos dicho, de funcionarios o empleados que se les encomienda cumplir misiones en el extranjero y se niegan a regresar, pues aunque la figura típica penal describe otro comportamiento que es el de abandonar la misión, el que ahora aquí valoramos es el de negarse a regresar, ya sea tácita o expresamente, o sea, mediante la respuesta de no cuando sea advertido a regresar o que vaya retardando dicho regreso y se concluya planteándose que el individuo no va a regresar al territorio cubano.

La doctrina penal cubana coincide en que es un delito de dolo genérico, porque la conducta si se realiza con el propósito directo de querer ese resultado, sería ya con objetivos contrarrevolucionarios y se convertiría en un acto de traición³³ y por lo tanto pensamos que ya no estaría dentro de este título sino en el de los delitos contra la Seguridad del Estado. Por todo ello pensamos que sería esta la razón del marco penal que conlleva este tipo dentro de los delitos de omisión antes mencionados.

Respecto al delito de Denegación de auxilio, contenido en los artículos 145, 146. Vemos que en las dos figuras omisivas el marco penal se encuentra entre tres meses y un año de privación de libertad o multa de cien a trescientas cuotas o ambas. Ejemplificando una vez más que en el título (contra la Administración y la Jurisdicción) donde lo podemos citar, es uno de los de menor adecuación legal existente en el mismo, con relación a los delitos comisivos presentes en él y a los restantes delitos omisivos. Son competencia del Tribunal Municipal Popular.

La doctrina penal en general coincide que se comete de forma intencional para el tipo del artículo 145, mientras que para el artículo 146 se puede manifestar en ambas formas de la culpabilidad. Destacando para todas las figuras la presencia del sujeto específicamente nombrado en la estructura del tipo para la comisión del delito (funcionario público) y las consecuencias que acarrearían de no realizar lo que les está encomendado legalmente. Todo lo cual atentaría contra el normal desempeño de la administración de justicia o la prestación de un servicio público.

En el caso del 146, el médico que no realice el acto de auxiliar contribuye además a violar sus principios éticos y humanistas para lo cual fue investido como tal, atentando contra la vida o la integridad de cualquier persona sin causa justificada para incumplir con su función.

Y como es el último dentro de los estudiados que conforman a su vez el Título de los Delitos contra la Administración y la Jurisdicción, nos atrevemos a decir que en los tres, los marcos penales se ajustan a la entidad del delito, su peligrosidad social y otros elementos de importancia a la hora de imponer una sanción que se corresponda a Derecho y que toquen bien de cerca los principios del Derecho Penal a la hora de adecuar una pena teniendo como base lo legalmente establecido. Que además, en relación con los restantes delitos que completan el título, y nos referimos específicamente a los comisivos, sus marcos son tangiblemente diferentes y en algunos casos menores en relación a pocos de los casos de delitos cometidos por acción, donde los marcos se amplían ligeramente.

³³ Colectivo de autores. "Derecho Penal Especial." Editorial Félix Varela. La Habana, 2003.

Aunque dentro de este título, los límites mínimos y máximos en sentido general, son bastante menores tanto para una forma de conducta como para la otra, dada quizás la naturaleza del mismo y lo que representa para la sociedad, sobre la base del principio de proporcionalidad que afirma el Derecho Penal contemporáneo.

En relación al delito de Incumplimiento del Deber de Preservar los Bienes, del artículo 222.1, obtenemos que sus marcos penales son entre los tres meses y hasta un año de privación de libertad o multa de cien a trescientas cuotas o ambas. Como vemos, es un tipo que atenta contra la Economía Nacional, como bien jurídico que se protege aquí. Consideramos que los marcos penales se ajustan bastante a la conducta narrada por cuanto es uno de los delitos que más se aprecian dentro de la competencia de los Tribunales Municipales, por su gran comisión en las distintas entidades y empresas estatales, si embargo, aquí el legislador ha correspondido la sanción con la conducta delictiva de forma que no se viole el principio de intervención mínima del Derecho Penal y el de proporcionalidad. Toda vez que solo entra el Derecho Penal a jugar su función, cuando por la vía administrativa no exista respuesta para el caso determinado, por traspasar el límite de la responsabilidad material emitida legalmente.

Respecto a los artículos 276, 277 y 278 de nuestra legislación penal sustantiva, los que conforman el delito de Abandono de menores, incapacitados y desvalidos, el cual se encuentra dentro del título que infringen la vida y la integridad corporal.

Como sabemos, la vida y la integridad de una persona, son de vital importancia para el Derecho Penal, sin restarle valor a los demás bienes jurídicos que protege esta rama del Derecho, sin embargo, para el presente delito no implica un daño directo en muchos de los casos, o sea, que laceren directamente el objeto sobre el cual recae la omisión comparado con los restantes delitos que completan el presente título, ejemplo: matar, lesionar, el propio delito de asesinato, los cuales lastiman directamente, estos tipos penales constituyen básicamente un delito de peligro, a menos que como consecuencia de la omisión se produzca un daño concreto y se conviertan en conductas de peligro con un resultado de daño.

Del análisis antes realizado se puede apreciar que los límites mínimos y máximos de las figuras señaladas apuntan a una cuantía menor de los marcos penales respecto a los restantes delitos del título. En este caso, las tres tipicidades omisivas, oscilan entre los tres meses y hasta un año de privación de libertad o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

Dentro del Derecho Comparado en correspondencia con el presente delito, obtuvimos que por ejemplo, en la ley sustantiva penal de Argentina se sanciona con multa de setecientos cincuenta pesos a doce mil quinientos pesos solamente por omitir prestar auxilio necesario al que encuentre perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera. El Salvador, por su lado, sanciona por la omisión del deber de socorro con multa de cincuenta a cien días multa, asimismo, al que provoca un accidente y omite prestar auxilio a la víctima del mismo, la pena a imponer es de seis meses a un año de privación de libertad y multa de cincuenta a cien días multa.

Por último, discutiremos el delito de la Privación de Libertad contenida en el artículo 281. En este, los marcos penales oscilan entre los tres meses y un año de privación de libertad o multa de cien a trescientas cuotas o ambas. Consideramos que es una pena

que también se ajusta a Derecho, toda vez que se produce y ya lo tipifica el propio precepto, “por negligencia inexcusable”, sin dejar de importarnos lo que significa no poner en libertad a un detenido cuando le sea admitida la misma por una autoridad competente en el plazo legal correspondiente. Este hecho se produce en algunas ocasiones por un olvido del agente o autoridad lo que no significa que esto sea justificación para ellos, ya que en cuanto se reciba la orden de libertad de un detenido, éste debe ser puesto inmediatamente sin excusas ni consideraciones al respecto, pues éstas ya han sido advertida por una autoridad que le compete dichas funciones.

Dentro de su apreciación en el Derecho Comparado, el Código Penal ecuatoriano, lo castiga con prisión de seis meses a dos años.

Como es cierto, a partir de lo que acabamos de considerar, entre el Derecho Comparado y el Derecho Penal cubano, existe relación por cuanto los marcos penales aquí expuestos y analizados, tanto de uno como otro caso son semejantes de acuerdo a los límites en que oscilan. En todos los casos apreciamos que se ajustan a lo que el legislador ha querido sancionar y con la equiparación correcta en correspondencia a la peligrosidad social, entidad del hecho delictivo que conformaría el delito omisivo, consecuencias que acarrearía, etc. Estas figuras omisivas, como veíamos, son generalmente de resultado de peligro, aunque cabe la posibilidad que se conviertan en resultado de daño si se produce, por supuesto, un perjuicio por la omisión del sujeto activo en el delito correspondiente.

Consideramos que lo examinado entre el Derecho Comparado y Cuba se corresponde, toda vez que los marcos penales son en todos los casos menores en relación con las figuras activas ubicadas dentro del título que se analice, lo que en modo alguno conduce a subvalorar a este tipo de comportamiento sino a individualizarlo para ganar en precisión legal y en futura justeza del fallo jurisdiccional.

Adecuación legal que está en relación con las restantes exigencias del tipo penal omisivo, o sea, a los sujetos activos, ya sea en casos de especialidad (funcionarios, autoridades, empleados, etc.) o generalidad, a la forma de culpabilidad que puede o no estar explícita dentro de lo descrito legalmente, al tipo de peligrosidad que conlleva cada delito en particular, a la valoración de si constituye un resultado de daño o de peligro, o si sencillamente, puede ser de ambos o si el peligro podría convertirse en resultado de daño si el hecho acarrea un efecto visible y concreto, etc.

Creemos que ciertamente el tema es bastante amplio, pero que toda adecuación legal de los tipos omisivos tienen que analizar cada una de las restantes exigencias del delito en sentido general para llegar a resultados no violatorios ni que atenten contra los principios de legalidad, proporcionalidad, mínima intervención y humanización de las penas, todos del Derecho Penal contemporáneo.

Por otro lado el Código Penal cubano en su Parte General, en el Capítulo V, denominado “La Adecuación de la Sanción”, a partir del artículo 47, establece las reglas generales de adecuación para los delitos de la parte especial del mencionado cuerpo legal.

En el caso que nos ocupa, consideramos que ciertamente dichas reglas se extienden tanto para delitos cometidos por acción como por omisión, asimismo, funcionan para los casos que dichos delitos se produzcan por imprudencia o en el camino del delito de

queden en la tentativa o solamente en los actos preparatorios, etc., tal y como se prevé legalmente en los artículos antes mencionados. La conclusión es que dichas disposiciones generales, están preceptuadas también para los delitos omisivos que contempla nuestra legislación penal sustantiva, que específicamente para éstos no hay regla de adecuación y que también para ellos se aprecia en cada caso lo establecido por el artículo 47 apartado primero donde “el tribunal fija las medidas de la sanción, dentro de los límites establecidos por la ley, guiándose por su conciencia jurídica socialista y teniendo en cuenta, el grado de peligro social del hecho, las circunstancias concurrentes en el mismo (atenuantes y agravantes) y los móviles del inculpado, así como sus antecedentes, características individuales, su comportamiento con posterioridad a la ejecución del delito y sus posibilidades de enmienda.”

En igual sentido las disposiciones referidas a los delitos imprudentes, los actos preparatorios, la tentativa y las formas de participación en el hecho delictivo son de aplicación a los delitos omisivos, a reserva de los apuntes contrarios que pueda hacer el juzgador sobre la apreciación expresa de algunas de estas instituciones en el caso particular de la omisión, elemento que conduce a que algunos penalistas se inclinen por la creación de normas específicas para la determinación judicial de las penas en los delitos de no hacer, aporte que respetamos y sumamos a la lista de interrogantes que acompañan a esta Cienicienta del Derecho Penal.

APUNTES PARA UN FINAL

La temática propuesta, los objetivos trazados para su desarrollo y el fin último de sus investigadoras apuntan más que a la elaboración de conclusiones cerradas y definitivas a la apertura de una mayor cantidad de interrogantes y por ende al surgimiento de un amplio campo polémico alrededor de la conducta omisiva en el Derecho Penal, teniendo en cuenta este propósito nuestras consideraciones finales son dichas de la siguiente forma:

- Tanto la acción como la omisión constituyen modalidades del actuar de un sujeto siempre que estén dirigidas a un fin determinado 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.
- Los delitos omisivos al igual que los comisivos tienen sus propios caracteres destacándose el papel que desempeña la tipicidad, antijuricidad y la culpabilidad. Con relación a la tipificación de los delitos omisivos propios no existe ningún problema toda vez que éstos se encuentran contemplados en el cuerpo de la figura básica, sin embargo, para el caso de la omisión impropia sus tipos penales no son normados completamente en ley debiendo ser completados o relacionados los elementos previstos en estas figuras delictivas con las denominadas fuentes de la obligación.
- Las obligaciones en la conducta omisiva están relacionadas con la especial protección que requieren algunos bienes jurídicos y entrañan el constreñimiento

de la conducta humana en determinadas situaciones, por lo tanto el debate radica en exigir al momento de la corporificación del delito omisivo impropio el binomio tipo- fuente de la obligación o simplemente obviar tal procedimiento.

- Las fuentes de las obligaciones son sumamente diversas, abarcan desde las tradicionales como la ley y el contrato hasta las de comunidades de vida y de peligro, quedando planteada entonces la interrogante de cuáles son verdaderas fuentes y su carácter, escrito, preciso y obligatorio o simplemente presumible por el ciudadano medio y aceptado socialmente.
- Los tipos omisivos están ubicados a todo lo largo del catálogo de delitos, su comparación con las figuras de acción tanto en la legislación local como foránea apunta hacia una disminución de los marcos penales, lo que bien puede estar condicionada por su relación con otras instituciones del Derecho Penal como la imprudencia y la tentativa o por su especial forma delictiva, en dependencia a la respuesta escogida la legislación criminal deberá optar bien por reglas generales de adecuación que contemplen el actuar omisivo o por normas adecuativas especiales para esta forma de comportamiento.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

LIBROS.

1. Bacigalupo Zapater, Enrique y López-Barja de Quiroga, José: “Contestaciones al Programa de Derecho Penal, parte general para acceso a las carreras judicial y fiscal.” Tomo I, 2da. Edición. Valencia, 2002.
2. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio: “Lecciones de Derecho Penal, parte - general.” Editorial Praxis, S.A, 2da. Edición. Barcelona, 1999.
3. Bustos Ramírez, Juan: “Manual de Derecho Penal, parte general.” Páginas 405-416. P.P.U. Barcelona, 1994.
4. Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S.: “Derecho Penal, parte general.” Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998.
5. Colectivo de Autores: “Derecho Penal, parte especial”. Tomos I y II. Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
6. Grillo Longoria, José Antonio: “Sanciones y medidas de seguridad.” Universidad de la Habana. Facultad de Derecho. La Habana, 1998.
7. Heinz Gössel, Kart y Heinz Zipf: “Derecho Penal, parte general.” Tomo II: “Formas de aparición de delito y las consecuencias jurídicas del hecho.” Páginas 254-279. Traducción de la 7ma. Edición alemana por Jorge Bofill Genzsch. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos aires 1995.
8. Jakobs, Günter: “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación.” Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Contreras de Murillo. Universidad de Extremadura. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas. S.A Madrid. 1995
9. Jakobs, Günther: “Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.” 2da edición corregida, Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A. Madrid, 1997.
10. Jeshieck, Hans-Heinrich y Weigend, Tomas: “Tratado de Derecho Penal, parte general.” Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ta. Edición corregida y ampliada. Editorial Comares, Diciembre de 2002.

11. Jescheck, J: "Tratado de Derecho Penal, parte general." 4ta. Edición, Granada, 1993.
12. Luzón Peña, Diego Manuel: "Curso de Derecho Penal. Parte General I. El *"ius puniendi"*" (la potestad punitiva). Editorial Universitas S.A. Año 1996.
13. Mazorra Yllas, Alexis: "La Adecuación de la sanción." Tesis en opción al título académico de especialista e Derecho Penal. Santiago de Cuba, 2003.
14. Muñoz Conde, F y García Arán, M: "Derecho Penal. Parte General." 3ra Edición. Tirant lo blanch. Valencia. 1998
15. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: "Derecho Penal parte general." 5ta edición, páginas 237-251. Valencia, 2002.
16. Quintero Olivares, Gonzalo: "Manual de Derecho Penal, parte general." Colaboración Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canet. Editorial Aranzadi, 3ra edición. Madrid, 2002.
17. Quiróz Pérez, Renén: "Manual de Derecho Penal." Tomos I y II. Ciencias Jurídicas. Editorial Félix Varela. La Habana, 2002.
18. Rodríguez Devesa, José María: "Derecho Penal Español, parte general." 13. Edición. Revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Ediciones Dykinson, 1990.
19. Roxin, Claus: "Derecho Penal, parte general." Tomo I: Fundamentos de la estructura del delito. Editorial Civitas, S.A, 1997.

MATERIAL DE INTERNET.

1. De la Cuesta Aguado, Paz M. "Tipicidad e imputación objetiva." 2da.edición, Editorial Jurídica de Cuyo, Mendoza. <http://www.elprisma.com/apuntes.asp?page=17.categoria=402>.
2. Bellati, Carlos Alberto. "El delito de omisión." Junio, 2000. http://www.noticiasjuridicas.com/areas_virtual/articulos/70-derecho%20internacional/200006-omisionarg.htm-19k.
3. Lareda Beldarrain, Javier. "Introducción al Derecho Penal." Madrid. 2004. http://www.luiss.it/erasmuslaw/spagna/spagna_penal.htm#up.
4. Morales Oropeza, Patricia. "Teoría del delito." Lucas Morea, Sinexi, S.A., 1997,México. http://www.members.fortune.city.es/robertexto/archivo12/teoria_delito.htm-40k.
5. Muñoz, Javier. "La omisión del deber de socorro." Madrid, España. <http://www.abogado.com/esp/guialegal.cfm?!DCAPITULO=12100000-16k>.
6. Terragni, Marco Antonio. "Omisión impropia y posición de garante." Universidad Nacional del litoral de Santa Fe, Argentina. <http://www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/libros/oi&pg.htm-56k>.

REVISTAS.

1. Revista de Derecho Penal y Criminología. Del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Externado de Colombia. No. 67 de Diciembre-Enero de 1998.
2. Revista Jurídica No. 10 de Enero-Marzo de 1986. MINJUS. La Habana.

LEGISLACIONES.

1. Código Penal de Cuba (actualizado). Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987.
2. Código Penal de España. Ley Orgánica No. 10 de 23 de noviembre de 1995. Segunda edición, puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig y Esteban Mestre Delgado.

CURRICULUM VITAE

Nombres Apellidos: **Arlin Pérez Duharte**

Ciudadanía: Cubana

Fecha y lugar de nacimiento: 12 de octubre de 1971

Domicilio: Avenida de Céspedes # 654 Reparto Sueño, Santiago de Cuba

Teléfono: 624722

Email: arlin@apd.uo.edu.cu

Formación Profesional

1989-1994 Universidad de Oriente, Facultad de Derecho, Licenciada en Derecho

1998-2000 Universidad de la Habana, Facultad de Derecho, Maestría en Criminología.

Experiencia Laboral

1994-1996 Tribunal Provincial Popular de Santiago de Cuba. Jueza Suplente no Permanente

1996-2005 Universidad de Oriente, Facultad de Derecho. Profesora de la Disciplina Ciencias Penales y Criminológicas

Resumen de los Resultados Laborales, Investigativos y Científicos

Recibió adiestramiento como jueza durante dos años en las materias civiles y penales

En 1996 se incorpora a la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente desempeñando la función de Jefa de la Disciplina Ciencias Penales y Criminológicas.

Ha impartido las materias Derecho Penal General, Procesal Penal y Criminología, dirigiendo numerosas investigaciones correspondientes a temas afines con las asignaturas que imparte,

Participó en el Proyecto Ramal de Investigaciones del Ministerio de Justicia en el período de 1998 al 2000

Ha participado en varios eventos de carácter territorial, nacional e internacional, en la mayor parte de ellos como ponentes y en ocasiones como tribunal en aquellos de carácter competitivo.

Diez publicaciones en revistas internacionales abordando temas del Derecho Penal, Procesal y Criminología. Coautora del libro "Entre el Crimen y el Castigo", Editorial Nueva Sociedad, Venezuela año 2003 ISBN 980-317-182-8

Ha participado como docente en la Especialidad en Derecho Penal que se imparte a todas las provincias de la región oriental cubana y en el Diplomado para Fiscales y Jueces, dirigidos todos por la Universidad de Oriente, recibiendo varios cursos de postgrado en materias de Derecho Penal, Constitucional, Procesal entre otras.

Miembro de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales de Cuba (1997)

Miembro del Instituto de Derecho Penal y Procesos. Brasil (1998)

Miembro del Consejo Científico de la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente.Cuba

Investigaciones Realizadas

1998- El principio de Presunción de Inocencia

1999 La prisión. Mito y realidad

2000 Problemática del control social de las sanciones sustitutivas de la privación de libertad

2002-Nuevas estrategias para el tratamiento penitenciario.

2003- La Homosexualidad y la prostitución desde un enfoque de género

2004- Autoría y Participación en los delitos omisivos

Anet Yamila Vega Durán- Licenciada en Derecho. Universidad de Oriente 2005
Abogada Bufete Colectivo. Santiago de Cuba