

## Notas para una teoría de la omisión\*

Federico Estrada Vélez

En la base de todo tipo delictuoso se encuentra siempre una conducta humana, regulada normativamente por la ley penal. No se concibe el delito sin un comportamiento humano, que es precisamente sobre el cual recae el juicio de reprobación jurídico-social. Los meros hechos psíquicos no constituyen conducta, en el sentido penal, no porque carezcan de importancia en el ordenamiento penal, ya que sirven siempre como elementos de valoración de una determinada personalidad, sino porque, considerados en sí mismos, es decir, no acompañados por una manifestación externa, o por una posibilidad de actuación, no pueden constituir conducta o comportamiento por virtud de la vieja máxima *cogitationis poenam nemo patitur*.

La conducta puede definirse como el modo de comportarse el individuo en relación al mundo externo que lo circunda. Se dice que cuando este comportamiento es activo, consistente en un movimiento corpóreo, en un *facere*, existe la acción; y que, cuando la conducta consiste en una inercia, en una inactividad, en un *non facere*, existe la omisión. Puede decirse que conducta y acción son términos sinónimos, cuando a la palabra acción se le da un significado genérico que comprenda tanto la acción en sentido estricto (acción positiva, actividad), cuanto la omisión (acción negativa, inactividad).

La acción en estricto sentido, o sea el "hacer positivo" ha sido bastante estudiado no solamente en la doctrina extranjera, sino también en la nacional. No ocurre otro tanto con relación a la conducta pasiva, o sea la omisión. En ninguno de los textos nacionales de derecho penal se encuentra una exposición crítica completa acerca de los innumerables problemas que en la práctica ofrece la omisión. Por lo demás, la importancia de la cuestión es innegable, si se tiene en cuenta

\* Publicado originalmente en la *Revista Cátedra Jurídica*, año 1, 1956, Bogotá.

que en la dinámica de los comunes delitos culposos se encuentra casi siempre a su base una acción negativa u omisión.

Dadas la extensión y dificultad del tema, este trabajo se limitará a una exposición crítica, con carácter estrictamente divulgativo, de las más importantes teorías que tratan de explicar la naturaleza de la omisión, y al examen de algunos problemas de particular importancia, tales como el del contenido de voluntad de la conducta, el de las omisiones inconscientes, etc.

El Código Penal colombiano no define el concepto de omisión. Apenas si se limita a decir (art. 11) que "se infringe la ley penal por acción u omisión". Esta disposición, producto de la incertidumbre doctrinaria en que se hallaban los redactores del Código, presenta una aparente ventaja. Consiste ella en que, al dejar la omisión sin definir y sin siquiera marcar un criterio o pauta directriz, se quiso dejar en libertad a la doctrina para acoger la tesis que mejor encuadrara dentro de nuestra realidad político-social y dentro de la estructura del Código. Conceptualmente hablando, podría decirse que esto significa un avance en nuestra legislación. Sin embargo, aunque intrínsecamente la fórmula es bondadosa, es necesario observar que en la práctica forense es absurda y contraproducente. En primer lugar, se debe afirmar que en la doctrina extranjera el tema de la omisión se ha debatido bastante, sin que las diversas tendencias hayan logrado una tesis prevalente. Ni siquiera en países en donde el derecho penal está a la vanguardia los problemas que presenta la omisión han podido resolverse ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, y es así como los jueces y magistrados han quedado desorientados sin saber cuál de las múltiples opiniones al respecto deben aplicar en sus fallos. En segundo lugar, y con relación a nuestro medio, es forzoso admitir que en vista de la ausencia de una doctrina elaborada de la omisión, siquiera como tema de estudio o de controversia, el problema se agudiza en forma dramática, porque a lo anterior se agrega la impreparación reinante en los círculos judiciales y la absoluta falta de interés de nuestros juristas para investigar y estudiar tema tan trascendental. Es claro entonces, que en presencia de las anteriores circunstancias, la jurisprudencia o se mueve por los fáciles caminos del empirismo anticientífico, o se debate, en el mejor de los casos, en las garras de una doctrina fluctuante y contradictoria.

Hubiera sido mucho mejor, de mayor utilidad, no que el Código hubiera definido la noción de omisión, sino que hubiera trazado por lo menos un criterio básico, una noción orientadora, sobre la cual la jurisprudencia habría podido elaborar una doctrina más o menos lógica y constante de la conducta omisiva.

Aparte de lo anterior, es necesario observar que la redacción del art. 11 carece de técnica legislativa, porque la primera parte de él debiera estar en el capítulo que trata de la responsabilidad, mientras que la segunda que concretamente se refiere a la conducta debiera estar como artículo separado en el capítulo en donde actualmente está.

Como ya se dijo, el Código colombiano no define la omisión. Por lo tanto, cualquiera de las teorías existentes sobre la materia podría encuadrar perfectamente

dentro del sistema de nuestro derecho positivo, siempre que, por otra parte, se ciña a la relativa orientación jurídico-filosófica de nuestro estatuto.

#### 1. EL CONCEPTO NATURALISTA DE LA OMISIÓN

Arduamente ha disputado la doctrina moderna acerca de si la conducta omisiva es una realidad ontológica, o, si por el contrario, ella consiste solamente en un juicio de valor que no tiene una real existencia en el mundo fenoménico, y que, por consiguiente, no puede concebirse fuera de la norma que impone un deber de obrar, de activarse.

Sostienen los naturalistas que, aunque haya que recurrir a la norma en la elaboración de la teoría de la omisión, esta existe realmente en el mundo natural, como un dato perceptible por los sentidos, como un *quid* con vida propia al igual que la acción positiva. ALBERTO DALL'ORA, uno de los escritores modernos que con más autoridad ha estudiado el problema desde esta posición doctrinaria<sup>1</sup> asevera que "la constatación del *non facere* es observación de un dato de la naturaleza tanto como lo es la constatación de un *facere*. Ni las dos representaciones separadas de una realidad eventualmente contextual postulan el recurso a la norma. Si no existiera alguna ley ni norma alguna, también fuera de la juridicidad el hombre podría establecer lo que el hombre hace o no hace". Por consiguiente, la conducta humana, como base esencial de la tipicidad delictual, debe entenderse como concepto estrictamente naturalístico, tal como ella se presenta en el mundo de la naturaleza. O sea, que la omisión existe en el mundo fenoménico, como dato natural. Esta comisión puede ser relevante o no para el derecho penal. La esencia de ella, lo que le da el carácter de institución jurídico-penal es la eficacia causal, y la contrariedad a una específica obligación jurídica (antijuridicidad)<sup>2</sup>.

Para esta corriente doctrinaria, la omisión o conducta humana omisiva es ante todo una realidad, un dato que preexiste en el mundo natural a la valoración jurídica y que, por consiguiente, es anterior y está fuera del mundo de los valores y de toda construcción normativa. Si desde el punto de vista naturalista la conducta activa o acción en sentido estricto se concibe como una actividad, como un movimiento corpóreo voluntario destinado a producir un determinado evento, una transformación o modificación del mundo externo al sujeto, la omisión se concibe también naturalísticamente como un *no hacer*, como un *nihil*, una inactividad. Pero esta quietud corpórea, este *nihil facere* es un dato ontológico, una realidad, y "la realidad, antes de ser valorada, es ante todo realidad, y permanece tal un después de la valoración: el dolo y la culpa no solo no excluyen, sino que, al contrario, presuponen lo que con ellos se ha valorado, es decir, la acción"<sup>3</sup>. Entre los tratadistas que han adherido a esta tesis recordamos a GIUSEPPE MAGGIORE, quien afirma que

<sup>1</sup> ALBERTO DALL'ORA. *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, Giuffrè, 1950, pág. 13.

<sup>2</sup> ALBERTO DALL'ORA, ob. cit., pág. 122.

<sup>3</sup> LUCIANO PETTOELLO MANTONAVI, *Il concetto ontológico del reato*, 1954, pág. 39.

“ha de considerarse como sofisticada la tesis que declara absurda toda concepción de la omisión no expresada en términos normativos”<sup>4</sup>; CUELLO CALÓN, quien define la omisión como la “inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado”<sup>5</sup>, y a JUAN DEL ROSAL que dice que “la esencia de la omisión radica en ser expresión del mundo natural”<sup>6</sup>, y consiste en la no ejecución de la acción esperada y exigida por el ordenamiento jurídico-penal.

Pero es claro que el simple “no hacer nada” no puede constituir por sí solo una omisión. Para que la omisión tenga importancia jurídico-penal es necesario que posea eficacia causal en relación con el resultado. Es decir, que, como en la acción positiva, es necesario que exista una relación de causalidad entre la omisión y el evento producido. Naturalmente, el no hacer nada no puede generar ni crear algo, ni modificar el mundo externo, y, por consiguiente, el simple no hacer no puede producir el evento. Pero el problema se soluciona cuando se tiene en cuenta que en el mundo natural existe el estado causal, el proceso causal apto para producir el resultado, dentro del cual viene a insertarse la inactividad, la omisión, con eficacia determinante en la producción del evento. Osea que la omisión viene a adquirir la categoría de “condición”, y toda condición, en la serie causal, es suficiente para producir el resultado. En este punto los naturalistas, a pesar de su posición doctrinaria, tienen que echar mano de un recurso normativo. Porque la omisión se inserta eficazmente dentro del proceso causal solamente en virtud de una norma que imponía específicamente el deber de obrar, de activarse —mandato legal de acción—. Entonces, el omitir adquiere valor causal en consideración a una norma jurídica (algunos extienden la norma hasta comprender en ella la norma moral, la que se deriva de la costumbre, etc.) que imponía la obligación de obrar en determinado sentido. Naturalmente, si hay una obligación de obrar, obligación que puede dimanar exclusivamente de la norma, la acción que el sujeto no cumple, que omite, era no solamente esperada, sino también exigida. La no ejecución de la acción esperada y exigida que constituye la omisión se inserta en la cadena del proceso causal como una condición con eficacia suficiente para determinar el resultado (evento).

Esta es, en síntesis, la concepción naturalista de la omisión. Ella consiste, como ya se vio, en una conducta que realmente existe en el mundo natural, y que puede definirse como el *non facere quod debetur*.

## 2. CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN NATURALISTA DE LA OMISIÓN

A pesar de los numerosos adeptos que tiene esta concepción, ella no puede aceptarse en sus planteamientos integrales. Es evidente que en el mundo natural existe el *nihil facere* como una realidad constatable por los sentidos. Pero es también cierto que esta inactividad considerada en sí misma, fuera del mundo deontológico,

no tiene ninguna significación, está desprovista de contenido jurídico-penal. Tan cierto es ello, que la ley no puede tomar en cuenta para signarle consecuencias jurídicas, el simple estado de quietud corporal en que pueda encontrarse un individuo. Este estado de quietud solo adquiere relieve penal por virtud de la paralela existencia de una norma que imponía el cumplimiento de una determinada acción.

Pero hay algo más: no siempre la omisión, en sentido jurídico, consiste en una inactividad, en un estado de inercia corporal. En el clásico ejemplo del niño que se queda jugando mientras debería ir a la escuela se ve mejor la cuestión. Es evidente que el niño omite ir a la escuela, y sin embargo, la omisión aquí no consiste en una inactividad, supuesto que el niño desarrollaba una actividad, ejecutaba movimientos corporales voluntarios. Solamente que por mandato de una norma debía ir a las lecciones en vez de jugar, y por virtud de esta relación normativa tiene existencia la omisión. En el ejemplo propuesto ¿cual es el dato natural, constatable por los sentidos? No precisamente una inactividad. Al contrario lo único que se puede encontrar en el comportamiento del niño es una conducta positiva, un hacer, que consiste precisamente en los movimientos corporales desplegados en el juego. De modo pues, que la tesis de que siempre se encuentra una conducta pasiva en la omisión no siempre es exacta.

Los mismos partidarios de la tesis naturalista acuden a criterios normativos para integrar su concepción. En efecto, cuando afirman que la acción no cumplida debe ser esperada o exigida, no pueden negar que este es un planteamiento estrictamente normativo, porque la acción no puede ser esperada (y exigida) sino en relación con la existencia de una norma que imponga la necesidad de obrar en determinado sentido. Fuera de la norma, de cualquier naturaleza que ella sea, no se puede concebir una conducta esperada.

La omisión no puede tener ninguna eficacia causal, fuera de la disposición legal que le asigne tal capacidad causal, porque, como ya se vio, en las omisiones el proceso o serie causal existe independientemente de la actividad humana, y la actitud del sujeto adquiere el valor de factor causal solo por virtud de la norma que expresa o tácitamente obligue al individuo a interponerse en el proceso causal para impedir el resultado que se habría cumplido independientemente de cualquier actividad del hombre. Con razón afirma VON LISZT<sup>7</sup> que “solo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo. Solo de la omisión contraria al derecho se siguen las circunstancias jurídicas de la acción”. La misma posición doctrinaria se advierte en MANZINI, para quien la esencia del delito omisivo está “en la inobservancia pura y simple de un deber jurídico, independientemente de aquello que sea o no derivado del mismo”<sup>8</sup>. Todavía más claro y enfático es MEZGER, quien dice que “lo que convierte a la omisión en verdadera omisión es la acción esperada que el autor ha

<sup>4</sup> GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, pág. 351.

<sup>5</sup> EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. I, 1951, pág. 314.

<sup>6</sup> JUAN DEL ROSAL, *Derecho penal*, Valladolid, 1954, pág. 385.

<sup>7</sup> FRANZ VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, vol. II, trad. de Jiménez de Asúa, 1927, pág. 304.

<sup>8</sup> VICENZO MANZINI, *Tratado de derecho penal*, t. II, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1948, pág. 93.

omitido realizar. Porque no ha realizado esta acción que se esperaba de él es por lo que es punible, en tanto que dicha acción pueda exigírsele. Y como quiera que solo la acción esperada hace sentir la omisión en sentido jurídico, resulta totalmente correcta la idea de que la omisión solo puede ser fundamentada “desde fuera (externa, normativamente) y que, por tanto, no el omitente, sino el que juzga da realmente vida a la omisión”<sup>9</sup>.

Se debe concluir, entonces, que la omisión no se puede concebir como una realidad natural independiente de la norma. Ella consiste sustancialmente en un juicio de valor y por tanto, en sentido jurídico, solo existe normativamente. Sin embargo, no se puede desconocer que en la realidad natural es constatable el comportamiento humano, no como inactividad únicamente, como lo pretenden los naturalistas, sino como actitud, como actividad en unos casos, como inercia en otros. Razón tiene el maestro GRISPIGNI cuando para solucionar este grave problema de si la omisión es o no una realidad objetiva afirma que “lo que existe objetivamente, lo que constituye una realidad constatable en el mundo externo es la conducta ejecutada unas veces con movimiento corpóreo, otras como quietud, como inercia, es decir como inactividad. Al contrario, la calificación de omisión de esta conducta existe solamente en la mente del individuo que juzga. Es verdad que el juicio es un hecho subjetivo, pero en la realidad objetiva debe existir la cosa sobre la cual recae el juicio, la cual, en el caso en examen no es otra cosa que la conducta ejecutada”<sup>10</sup>.

De todo lo anterior se deduce que es imposible construir una teoría de la omisión desde el punto de vista naturalista-psicológico, y que los esfuerzos hechos por la doctrina en este sentido han sido inútiles.

### 3. LA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA OMISIÓN

La mayoría de la doctrina universal está de acuerdo en que un determinado comportamiento, una conducta determinada asume la calificación de omisiva solo en relación a las exigencias impuestas por una norma de cualquier naturaleza, “porque fuera de la norma (ética, jurídica) que permite juzgar un dado comportamiento, y por consiguiente, calificarlo, la realidad naturalista es ciega”<sup>11</sup>.

Un primer paso adelante en la construcción de la teoría normativa de la omisión se dio con la tesis del *aliud agere* o *aliud actum*. Esta teoría que aunque ha sido sostenida por eminentes maestros del derecho penal puede considerarse abolida o superada, hace consistir la esencia del delito omisivo en el *obrar diverso*, o en el *diverso acto*. Es decir, que el objeto de la valoración en este caso sería la diversa

<sup>9</sup> EDMUNDO MEZGER, *Tratado de derecho penal*, trad. de José Arturo Rodríguez de la 2ª ed. alemana, vol. 1, 1949, pág. 293.

<sup>10</sup> FILIPPO GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. 1, 1950, pág. 38.

<sup>11</sup> GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto penale*, parte generale, 1955, pág. 196.

actividad desarrollada por el sujeto en el momento en que debió desplegar la acción esperada con base en la norma. Lo que tiene relieve e importancia para el derecho no es la conducta omisiva del sujeto, sino la diversa conducta positiva ejecutada por este. Se ha objetado con sobrada razón a esta teoría que muchas veces en la omisión el sujeto permanece absolutamente inactivo, y entonces faltaría el *aliud agere*, el obrar diverso, término necesario de referencia de esta concepción. El mismo argumento se ha esgrimido contra la antigua y abandonada concepción de la omisión fundada sobre el *nihil facere*.

En la doctrina moderna domina la concepción normativa. Lo mismo en la legislación y en el ámbito jurisprudencial, a pesar de los defectos que tal tesis presenta, y a pesar de que ella no resuelve totalmente los inúmeros problemas que presenta la omisión. Sin embargo, debe reconocerse que en el estado actual de los estudios jurídicos es la tesis que más extensa y exactamente aboca los problemas de la conducta omisiva. Es el maestro GRISPIGNI quien ha elaborado sistemáticamente una teoría normativa de la omisión que en ciertos aspectos parece confundirse con el *aliud agere*, pero que en realidad difiere de esta concepción. Esta es la tesis dominante en la doctrina moderna, a pesar de los ataques de los naturalistas.

Sostiene el ilustre maestro que “no es posible llegar a un concepto exacto de la omisión si no se parte del siguiente principio: la omisión no es un concepto naturalista, sino un concepto exclusivamente normativo, es decir, que no tiene significado ni razón de ser sino en relación con una norma. En verdad, la omisión —como tal— no tiene una existencia objetiva, es decir, que en la realidad psico-social no existe una conducta que por su naturaleza, objetivamente considerada, constituya una omisión. En la realidad objetiva se verifican inactividades, pero estas, como se dijo, no son siempre omisiones. Quien no hace nada no se puede decir que por esto omite. Y por otra parte, como se dirá adelante, también quien hace alguna cosa puede ser autor de una omisión”.

La omisión, entonces, consiste en un juicio de relación, y precisamente en un juicio de contrariedad entre una conducta y una norma que imponía un comportamiento determinado. La norma con base a la cual se esperaba la conducta puede ser no solo jurídica, sino también moral o social, e inclusive puramente técnica, porque “quien quiere conseguir un fin y no cumple lo que según la técnica de aquel ramo de actividad es indicado como necesario, está en omisión”. Esta norma puede ser higiénica o meramente económica, y hasta puede ser una norma gramatical o una norma de la lógica, etc. Según el pensamiento de GRISPIGNI, sin “el elemento del deber ser, aunque sea meramente instrumental, es decir de medio a fin, es imposible hablar de omisión”. En verdad, continúa diciendo el maestro, quien ha creído que se puede prescindir de la norma definiendo la omisión como una conducta negativa en relación con un determinado hacer, pensando este en relación con un determinado fin (BIELING), no ha considerado que la acción no cumplida solamente puede llamarse omisión cuando resulte, respecto al fin, como *necesario*; y tal necesidad no puede resultar sino de una norma, aunque esta sea solamente lógica o técnica, norma que debe indicar la acción omitida como un medio necesario para llegar al fin”<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> FILIPPO GRISPIGNI, ob. cit., pág. 32.

Concebida la omisión en esta forma totalitariamente normativa no tiene ningún valor la objeción que se ha hecho de que se confunde la esencia de la omisión con el problema de la antijuridicidad. En efecto, si es verdad que en el concepto de omisión va envuelto también el concepto de contrariedad a una norma, esta norma, como ya se vio, puede ser de la más diversa naturaleza. Y de omisión en sentido jurídico se puede hablar solamente como especie de un *genus* infinitamente más vasto, que es la omisión en sentido general. En consecuencia, se puede hablar de una omisión que, aunque no es antijurídica, es contraria a las normas morales, etc. Igualmente se puede hablar de una omisión que es contraria a otros ramos del ordenamiento jurídico, y, sin duda alguna, puede no ser antijurídica en el sentido técnico-penal de la acepción. Por estas razones no es ilógico hablar de una omisión lícita, ya que por vía de excepción las omisiones pueden ser lícitas, sea por virtud de una causa de justificación que concurre a legitimar la no acción, sea porque la omisión es tal en relación con una norma cualquiera, pero no en relación con una norma de derecho.

Resumiendo se puede decir, entonces, que la concepción normativa de la omisión es plenamente legítima y que consiste esencialmente en un *non facere debetur*, es decir, en el no cumplimiento, por parte de un sujeto, de una determinada acción que era de esperarse con base en el mandato de una norma cualquiera.

A pesar de que esta construcción del maestro es esencialmente normativa, él pone en su base un elemento naturalista que consiste en la conducta ejecutada por el agente. Por lo tanto, "es necesario hacer resaltar de un lado que si la omisión es el no cumplimiento de una determinada acción, ella, sin embargo, no implica una ausencia de conducta, y ni aun, ausencia siempre de una acción. Es necesario también advertir que *no hay algún momento en la vida de un sujeto en el cual este no tenga una conducta*. Tal conducta podrá consistir en una actitud pasiva, o de quietud corpórea frente al mundo externo; pero una conducta existe siempre, y por consiguiente debe existir también en el caso de la omisión"<sup>13</sup>.

Aunque la omisión es un concepto normativo, se debe afirmar qué objeto de la valoración jurídica, y consiguientemente del juicio normativo, con los hechos concretos y reales de la vida social. Si la ley toma en consideración la omisión para atribuirle consecuencias jurídicas, se debe concluir que ella consiste en algo concreto, en algo que realmente existe en la vida individual y social. El objeto del juicio no puede ser la omisión porque esta es un no cumplimiento de una acción, es decir, es un hecho negativo, o, más precisamente, es la no existencia de un hecho, y de no existencia se puede hablar únicamente cuando una norma impone el deber de ejecutar una determinada acción.

Si la omisión consiste en un juicio, para encontrar el verdadero objeto de la valoración jurídica, es necesario recordar que el juicio "según la conocida definición de ARISTÓTELES, es un discurso que afirma o niega algo de alguna cosa. Por lo tanto, el juicio tiene dos términos: el sujeto y el predicado. Esto debe ser verdadero

inclusive en el argumento en cuestión. En efecto, la palabra omisión no es más que el predicado sustantivizado, mientras la cosa de la cual se afirma alguna cosa es la conducta tenida. Entonces, en su forma lógica el juicio de omisión se reconstruye así: esta conducta es omisiva. Y ya que se trata de un juicio de relación entre la conducta tenida y la conducta querida por la norma, se explica mejor así: esta conducta, en cuanto no realiza la acción querida por la norma, es omisiva"<sup>14</sup>.

En cuanto a la afirmación de ANTOLISEI de que la conducta tenida es irrelevante para el derecho, sostiene GRISPIGNI que yerran quienes esto afirman, porque en realidad lo que se imputa al sujeto es la conducta tenida en cuanto no realiza la acción que se esperaba. La conducta tenida es importante, no por lo que ella es en sí misma, sino porque no es lo que debía ser. La conducta tenida es en sí misma indiferente para el derecho. Pero ella se le puede imputar al sujeto cuando este la ha cumplido en un momento en el cual debía ejecutar una acción diversa. Así, por ejemplo, dormir es una conducta en sí misma indiferente para el derecho. Pero cuando se duerme en momentos en los cuales se debería estar despierto, la conducta cesa de ser indiferente para convertirse en reprochable a la luz del derecho, y por consiguiente, imputable al sujeto como omisión.

Omisión no es otra cosa que una abreviación de "conducta omisiva", y puede consistir en un movimiento del cuerpo, o en un estado de quietud corpórea. Por lo tanto, el concepto de omisión no puede entrar en el de acción, como pretenden algunos tratadistas. La acción consiste siempre, en todos los casos, en un movimiento del cuerpo, en un *facere*, "y no parece un argumento serio sino un chiste de gracia discutible la afirmación de que también quien no hace nada hace alguna cosa. Es vano también sostener que una persona no queda jamás inactiva; mientras no se puede decir que una persona obra cuando permanece inmóvil toda parte de su cuerpo, cuyo movimiento dependa de la voluntad del sujeto"<sup>15</sup>.

La omisión consiste siempre en una conducta diversa. Pero no es verdad que ella consista siempre en una acción diversa (*aliud agere*), porque esto ocurre solamente en algunos casos.

Como conclusión a todo lo anterior, GRISPIGNI define la omisión como "la conducta voluntaria, positiva o negativa, de un sujeto, la cual, a juicio de quien la juzga, es diversa de aquella que debía esperarse con base en una norma de cualquier naturaleza"<sup>16</sup>.

Por consiguiente, la omisión jurídica no es más que una especie de la omisión en general, caracterizada por el hecho de que la norma con base en la cual se esperaba la acción no cumplida es una norma jurídica.

#### 4. CRÍTICA AL CONCEPTO NORMATIVO DE LA OMISIÓN

La tesis normativa de la omisión elaborada por el maestro GRISPIGNI es interesante en grado sumo. Es la mejor elaboración doctrinaria que sobre el tema se ha hecho.

<sup>14</sup> FILIPPO GRISPIGNI, ob. cit., pág. 34.

<sup>15</sup> FILIPPO GRISPIGNI, ob. cit., pág. 36.

<sup>16</sup> FILIPPO GRISPIGNI, ob. cit., pág. 37.

<sup>13</sup> FILIPPO GRISPIGNI, ob. cit., pág. 34.

Evidentemente fuera del campo normativo no es posible la construcción de una teoría sobre la conducta omisiva. No obstante, no se puede afirmar que esta construcción haya agotado la materia, ni tampoco que los múltiples problemas que surgen cuando se estudia la omisión hayan quedado todos resueltos.

Justamente se afirma que la omisión es un concepto puramente normativo, es decir un juicio de relación entre una conducta y una norma que ordenaba una acción diversa. Es verdad también que la omisión puede consistir tanto en una acción (actividad), como en una inactividad. A demostrarlo basta la consideración de los casos en los cuales el individuo omite, y no obstante tiene una conducta positiva en el sentido naturalista de la palabra.

Pero, hay que observar que en la elaboración de esta tesis GRISPIONI parte de la base de un error metodológico y doctrinario, cual es el de considerar, como lo ha hecho siempre la doctrina tradicional, que en toda acción humana se encuentra un mínimo contenido de voluntad. Es claro que el término "conducta" se entiende como una actividad o actitud voluntaria del individuo. Al menos así ha sido entendida tradicionalmente la palabra. Pero hay que reconocer que no siempre a la base de todo tipo delictuoso se encuentra una actitud voluntaria, porque en muchos de los modelos legales delictuosos tal "voluntariedad" no se encuentra por parte alguna, como ocurre, por ejemplo, en los casos de omisiones por olvido.

Por otra parte, no parece muy exacta la afirmación de que "no hay algún momento de la vida de un sujeto en el cual este no tenga una conducta". Normalmente el hecho delictuoso está constituido por una conducta externa y objetiva, sobre la cual recae el juicio de valor de la norma. Pero en muchos casos no es posible encontrar esta conducta, por lo menos como actividad consciente. Y en otros muchos casos, la conducta que se exterioriza como inactividad es totalmente involuntaria, absolutamente inconsciente. Es evidente que en el sueño, por ejemplo, que es la ausencia de toda actividad psíquica consciente, que es un estado de inercia psíquica y corpórea no se encuentra ni un sustrato voluntarístico, ni tampoco una conducta entendida como exteriorización de la personalidad psico-biológica del individuo, a menos que se deba recurrir al psicoanálisis para dar a estos estados una significación penal.

Aparece absurdo, además, el decir que la esencia de la omisión consiste en la conducta tenida en lugar de la que era legalmente obligatoria. En estas circunstancias, a la madre que deja de dar leche a su niño, mientras cocina, se le imputaría el hecho de cocinar, y no el de haber faltado a su deber de alimentar a su hijo. "Verdaderamente repugna a la lógica la idea de que, cuando la ley penal toma en consideración una conducta negativa del sujeto, pueda tener importancia la diversa conducta positiva ejecutada: como si fuera esta y no la primera la que en realidad se le pone a cargo"<sup>17</sup>. Naturalmente la acción ejecutada por el sujeto mientras omite la que se le mandaba no carece de importancia para el derecho. Pero no se la puede considerar como la conducta o aspecto material u objetivo de la omisión.

<sup>17</sup> ALBERTO DALL'ORA, ob. cit., pág. 83.

Por eso tiene razón MARCELO GALLO<sup>18</sup>, cuando dice que "la omisión no consiste en la acción positiva que el sujeto realiza cuando se abstiene de ejecutar la que de él se esperaba; pero de otra parte, no puede decirse que la acción diversa esté privada de todo relieve para el derecho, ya que es preciso establecer que el sujeto no ha cumplido la acción debida, aun pudiendo. Y es claro que esta posibilidad se afirma solamente después de una investigación dirigida a observar las circunstancias en las cuales se ha desarrollado el comportamiento efectivamente tenido".

En las omisiones inconscientes, en la mayoría de los casos, se ve claramente la inexactitud del postulado según el cual siempre existe una conducta humana. En muchos casos sucede que es imposible encontrar el más leve movimiento corpóreo que pueda ser considerado como conducta ejecutada en lugar de la que es esperada. En otros casos se encuentra efectivamente tal movimiento, pero entre los movimientos ejecutados y la omisión de la acción no es posible encontrar ningún vínculo etiológico, y por lo tanto, la conducta tenida no tiene importancia, es indiferente y no puede ser tomada en consideración por el derecho para atribuirle consecuencias jurídicas. Piénsese en el ejemplo de ANTOLISEI, del individuo que debe cumplir la acción de entregar las armas que posee dentro de cierto término. Si el individuo olvidó entregar estas armas, se debe pensar a la infinidad de cosas que hizo durante este tiempo, en sus numerosas conductas, ninguna de las cuales puede ser considerada como causa del olvido, y consiguientemente, ninguna de ellas puede ser considerada por la ley como conducta en la omisión, ni lo pueden ser tampoco todas. En este ejemplo es evidente la imposibilidad de cumplir una investigación sobre todo lo que el individuo ha hecho durante el tiempo en el cual debía entregar o denunciar las armas en su poder.

Solamente cuando la conducta ejecutada tiene plena eficacia causal con respecto a la omisión de la conducta esperada se puede decir que la esencia del comportamiento omisivo reside en la diversa conducta tenida por el sujeto. Pero esto no sucede en todos los casos de omisión. En algunos, como ya se dijo, no existe ninguna otra conducta, existe solamente la omisión, el no cumplimiento de la acción esperada, el cual se puede atribuir a un defecto en la esfera emotiva o afectivo-intelectiva del sujeto. En estos casos, evidentemente no existe una conducta naturalísticamente entendida, y la omisión no puede presentarse como un comportamiento diverso, sino como un acto puramente psíquico que asume relieves penales y eficacia causal gracias al mandato contenido en la norma. En otros casos realmente el sujeto tiene una conducta diversa, es decir, ejecuta alguna actividad o permanece voluntariamente inerte en el momento en el cual debía ejecutar la acción esperada, pero esta actividad o inactividad no está en modo alguno conexas con las causas que produjeron el olvido de ejecutar la acción.

De todo lo que se ha dicho se puede concluir que no es verdad que la ley castiga en todo caso la conducta tenida, sino que la ley castiga el no cumplimiento de

<sup>18</sup> MARCELO GALLO, *La teoria dell' azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1950, pág. 29.

la acción debida con base en la norma. La conducta efectiva es la mayoría de las veces indiferente para el derecho, aunque pueda servir de punto de referencia en la investigación de la omisión. Estamos de acuerdo con ANTOLISEI cuando afirma que "la conducta tenida en lugar de la que se esperaba no tiene nada que ver con la omisión: es otra cosa y constituye un puro artificio querer hacer un conjunto de dos entidades diversas"<sup>19</sup>. En el mismo sentido toma posiciones RANIERI: "ya que lo que cae bajo la sanción del derecho no es lo que el sujeto puede haber hecho, sino lo que no ha hecho contrariamente a su deber y a su poder, y es solamente esta la conducta merecedora de pena, puede considerarse que no pertenece al concepto de la omisión la referencia a una actividad desarrollada en el tiempo y en el lugar de la que se omitió"<sup>20</sup>.

Por último, la omisión no puede considerarse como la conducta voluntaria tenida en lugar de la que se esperaba. Consiguientemente, el problema de si la omisión es o no una realidad objetiva permanece sin solución. Efectivamente, si vimos ya que en algunos casos de omisión no es posible encontrar una conducta y que en otros, al contrario, se encuentran mil conductas diversas, y que lo que importa al derecho no es la conducta tenida sino el no cumplimiento de la acción esperada (ordenada), no se puede afirmar que el grave problema de la esencia y naturaleza de la omisión haya sido resuelto.

##### 5. LA OMISIÓN EN LA TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

La teoría de la acción finalista puede ser atribuida a WELZEL, quien por primera vez la anunció, hace unos quince años en Alemania, así en sus postulados esenciales: la premisa metodológica de la cual parte el finalismo es la consideración del comportamiento humano tal como se presenta en la realidad, libre de toda valoración o consideración normativa.

La acción culposa es un tipo de acción completamente autónoma respecto a la dolosa. Lo que hace entrar a ambos bajo el *Oberbegriff* de la acción, es el momento de la finalidad que, mientras en la conducta dolosa constituye factor formante (finalidad actual) —en cuanto se trata de actividad finalista efectiva en la conducta culposa tratándose de actividad finalista posible— no es más que un elemento de relación (finalidad potencial)<sup>21</sup>. Para el autor alemán, la acción dolosa es entonces actividad finalista en acto, mientras que la conducta culposa es causa ciega de un evento que se podría evitar mediante la ejecución o el cumplimiento de una actividad finalista.

La nueva doctrina parte sustancialmente de la consideración de que el fin de la acción coincide con el dolo, y que este, despojado de todo contenido ético,

<sup>19</sup> FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale italiano*, parte generale, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1952, pág. 145.

<sup>20</sup> SILVIO RANIERI, *Manuale di diritto penale*, Padova, Cedam, vol. 1, pág. 200.

<sup>21</sup> WELZEL, citado por PETTOELLO MANTONAVI en *Il concetto*, etc., pág. 22.

debe ser sustraído a la culpabilidad, para ser incluido en la teoría de la acción y en la de la antijuridicidad, como un elemento subjetivo. Lo que quiere decir que el ilícito no se determina objetivamente solo por el evento reprochable, sino también subjetivamente por la voluntad reprochable. Es natural que en la tentativa de incrustar la culpa y el dolo (formas de culpabilidad en la dogmática tradicional) en la antijuridicidad, la culpabilidad queda sin un claro contenido. Para DOHNA, la culpabilidad sería la determinación de la voluntad contraria al deber; para WEBER y WELZEL no existe culpabilidad cuando el sujeto no haya operado libremente, es decir, cuando no haya tenido libertad para escoger entre el bien y el mal.

La culpabilidad comprende no ya el dolo y la culpa que según esta teoría son elementos de la antijuridicidad, sino la imputabilidad, la ausencia de error inexcusable acerca de la antijuridicidad del hecho, y la falta de coacción sobre la voluntad.

Para los partidarios de esta concepción la acción dolosa y la acción culposa son sustancialmente diversas. Mas aún, en el sentido estricto de la palabra solamente la acción dolosa es acción, porque "el hombre obra solamente cuando logra realizar los fines que se propone, con plena conciencia de ellos y de los medios para realizarlos"<sup>22</sup>. El problema del dolo eventual, en el cual existe una especie de voluntad indeterminada, indefinida, queda resuelto cuando se piensa que "querer un hecho en forma incondicionada, significa también querer los medios adecuados para actuarlo además de las consecuencias secundarias coligadas con él".

La acción culposa no es acción porque no tiene un contenido final actual, sino potencial. Ella es finalista solo en relación con el evento que se quería ejecutar y no con el producido. En relación con el resultado producido la acción culposa es mera y ciega casualidad. Naturalmente, expuestas las anteriores premisas, la construcción de una teoría unitaria de la acción resulta imposible, porque las dos acciones no solo son diferentes, sino que son antéticas.

Sin embargo, la doctrina que fue planteada en la forma ya expuesta ha evolucionado, y actualmente se admite que la acción culposa también tiene su momento finalista. Para NIESE, por ejemplo, "la acción culposa no se distingue de la dolosa porque le falte la finalidad —entonces no sería una acción— sino porque su finalidad no se dirige a la realización de un modelo legal. En ella voluntad y evento divergen, sea que este último se haya verificado en vez del evento que se quería, sea que se haya verificado además del evento que se quería"<sup>23</sup>.

Entonces, los modernos expositores de esta doctrina han llegado a la conclusión de que sí existe una acción culposa con un evidente contenido finalista, el cual consiste precisamente en que ella, mediante la ejecución de una actividad final, no habría producido los resultados que produjo. Así, por ejemplo, es el pensamiento

<sup>22</sup> WELZEL, citado por GALLO, ob. cit., pág. 34.

<sup>23</sup> NIESE, citado por PETTOELLO MANTONAVI, ob. cit., pág. 31.

de BETTIOL, quien en Italia acoge la teoría de la acción finalista, que él llama "concepción teleológica con fondo social". "Es verdad —dice BETTIOL— que la acción dolosa en cuanto acción vidente, es por excelencia una acción finalista. pero esto no quita que la acción culposa tenga un elemento finalista, aunque sea diverso del que el agente haya ocasionado. La acción culposa es ciega en relación con el evento producido y que podía ser evitado, pero no con relación al evento que se pretendía producir. La acción del cirujano que ocasiona culposamente la muerte del paciente es pura causalidad en relación con el evento lesivo, pero es acción vidente en relación con el evento que se quería realizar, es decir, en relación con la curación del organismo enfermo. Esto es suficiente para admitir una acción propia y verdadera a la base de los delitos culposos, sin querer contraponer inexorablemente entre ellas la acción culposa y la dolosa. No es con relación a la acción, sino con relación al contenido de la acción que el delito doloso se distingue del delito culposo"<sup>24</sup>.

La omisión, entonces, en la concepción finalista, consiste en una voluntaria actividad o inactividad que produce un evento nocivo, evento que podía ser evitado mediante la ejecución de una actividad finalista.

#### 6. CRÍTICA A LA ACCIÓN FINALISTA

No debemos detenernos largamente en la crítica a la concepción someramente expuesta, porque uno de los principales errores que le anotamos es la apriorística consideración de que en toda acción humana existe un mínimo contenido de voluntad. Si se parte de esta base, como premisa indestructible, las conclusiones que se saquen por fuerza han de padecer de ese error original.

Por lo demás, afirmar que la acción culposa es aquella que produce un evento que podía ser evitado mediante la ejecución de una actividad finalista, es no decir nada, porque el finalismo en la acción culposa nada tiene que hacer. Lo que importa no es conocer si determinado evento podía o no ser evitado mediante el desarrollo de una actividad final, sino averiguar el cómo y el porqué una acción dirigida a un determinado evento produce otro diverso y erigido en delito por la ley.

Por tanto, creemos que si la teoría de la acción finalista es apta para aplicar la acción dolosa, con relación a la culposa no pueden acogerse sus doctrinas.

#### 7. EL ACTO PSÍQUICO INTERNO COMO ÚNICA FORMA DE CONDUCTA EN ALGUNAS OMISIONES

En la exposición que antecede vimos que una de las mayores dificultades en la elaboración de una teoría unitaria de la acción la constituye el hecho de que en muchas omisiones no es posible encontrar una conducta, si por conducta se entiende

un movimiento o una quietud corpórea, o una extrinsecación material de la actividad psíquica del sujeto. Ya analizamos las razones por las cuales no es posible aceptar la teoría del *aliud agere*, ni tampoco la tesis de GRISPIGNI llamada de la *conducta diversa*, y que es parecida a la anterior, ni menos aún otras concepciones menos claras y precisas, según las cuales la conducta en la omisión estaría constituida por el esfuerzo psíquico cumplido por el sujeto para inhibirse y no ejecutar la acción a la cual estaba obligado.

Repetimos que en muchos casos no se encuentra una conducta propia y verdadera. Por lo tanto, es necesario aclarar la significación precisa del notorio aforismo de validez universal *cogitationis poenam nemo patitur*, el cual debe ser aceptado como un principio fundamental del derecho penal, pero con la aclaración que hace PETROCELLI, con cuya opinión concordamos, de que "por *cogitatio* no puede entenderse un acto interno solamente porque es interno, sino que debe tratarse precisamente de un acto de mera *cogitatio*, desvinculado de toda posibilidad de realización, como en el ejemplo de James, de quien quiere que la mesa resbale sin tener alguna posibilidad de suscitar el movimiento. No puede tratarse de actos de mera *cogitatio* las manifestaciones del sujeto que, si bien internas, constituyen verdaderos actos del querer (*volizioni*)"<sup>25</sup>.

Solamente con esta opinión se puede explicar aceptablemente el factor constitutivo de la conducta en los delitos propiamente omisivos, en los cuales, como ya se ha visto, el sujeto permanece inactivo frente al evento que está por producirse, y en los cuales la conducta concretamente realizada por el sujeto no tiene ninguna relación de causalidad material con el no cumplimiento de la acción que de él se esperaba. En estos casos la conducta viene a ser constituida no por la acción realmente ejecutada, como quieren los secuaces del *aliud agere*, ni por el esfuerzo psíquico tendiente a inhibir el movimiento del cuerpo cuando este movimiento debía realizarse, sino por el acto psíquico interno, por el hecho interno del querer, o por una manifestación, aunque solo exista internamente, de actividad psíquica que puede consistir o no en un acto voluntario.

De acuerdo con lo anterior, "el acto del querer en la omisión, del cual ahora indicamos el momento en que se produce, constituye toda la conducta (nosotros agregamos al acto del querer una cualquiera manifestación de actividad psíquica) del delito omisivo. Como hemos sostenido otras veces, es inútil buscar en la conducta omisiva un elemento físico en el sentido de algo que se manifiesta en el mundo externo, porque no existe. Todas las discusiones de la doctrina para fijar en algún modo tal elemento se han revelado inconsistentes. El problema debe sufrir un cambio en su planteamiento: lo que se necesita establecer, como elemento esencial del delito, no es un elemento físico, en el sentido que comúnmente se le da a tal expresión (actos externos a la psiquis del sujeto, movimiento del cuerpo, modificación del mundo externo), sino la presencia de una conducta, es decir, de una manifestación de voluntad, cualquiera que sea la forma de ella. Los actos que constituyen esta

<sup>24</sup> G. BETTIOL, ob. cit., pág. 188.

<sup>25</sup> BIAGGIO PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padua, Cedam, 1951, pág. 59.

conducta, aunque son internos, constituyen, sin embargo, una realidad objetivamente valuable, la cual es perennemente objeto de la consideración, del sentimiento y de la razón humana. Si en la conducta omisiva falta el elemento físico (físico en cuanto distinto del elemento psicológico), el fenómeno al que ella se reduce no deja por eso de ser una realidad que está constituida por el acto interno del querer. La reconocida admisibilidad en psicología de actos de querer internos confirma precisamente esta explicación del fenómeno de la omisión y de su eficiencia jurídica<sup>26</sup>.

A los conceptos de PETROCELLI ya expuestos, agregamos, ya que no estamos de acuerdo con la totalidad del pensamiento del ilustre autor, que aunque en muchos casos de omisiones la conducta está constituida por un acto del querer, en muchos otros no se encuentra ni siquiera este acto interno del querer, y entonces, por fuerza, la conducta estará constituida por un acto psíquico de cualquier naturaleza, que aunque no sea voluntario en el estricto sentido psicológico de la palabra, revela igualmente las características de una determinada personalidad socialmente peligrosa.

#### 8. EL PROBLEMA DE LA VOLUNTAD DE LA OMISIÓN

Los tratadistas han discutido largamente el problema de la voluntad en la conducta. La doctrina dominante sostiene que no puede existir conducta alguna sin un mínimo contenido de voluntad: *ubi actio, ibi voluntas*. Cuando falta la voluntad estamos de frente a movimientos sin contenido espiritual que no constituyen conducta en sentido jurídico-penal, y que el derecho puede tomar en consideración únicamente como valor sintomático de la personalidad del sujeto.

Es conveniente al tratar este punto, exponer algunas opiniones autorizadas de los tratadistas no solo en lo que directamente se refiere a la omisión en sí, sino también en cuanto a un problema fundamental en el derecho penal moderno, cual es el problema de los actos automáticos, ya que en muchos casos de omisiones estas se producen por la concurrencia simultánea de uno de estos actos automáticos que impide la ejecución de la acción obligada.

Para FRANCESCO ALIMENA no existe conducta humana sin voluntad. Según este ilustre escritor: "para que el hombre pueda asumir una determinada conducta es necesario ante todo que en su mente exista la representación anticipada de tal conducta. Con base en tal representación, si el hombre asume tal conducta debe quererla. Es decir, que la representación debe ser seguida de la volición"<sup>27</sup>. "Acto voluntario —según ALIMENA— es aquel acto guiado por fines conscientes, es decir, el acto que se suscita por la representación de lo que se quiere conseguir"<sup>28</sup>.

Entre la conducta humana y su autor debe existir siempre un nexo psíquico, el cual no puede establecerse fuera de la esfera de la voluntad. Es, por tanto, la voluntad la que caracteriza y da relieves penales a la acción humana. El concepto de atribuibilidad de la conducta a su autor encuentra precisamente en este presupuesto su justificación y su razón de ser.

Para superar el grave escollo que constituye el problema de las omisiones por olvido, ALIMENA recurre a la tesis normativa de la omisión, y encuentra el nexo psíquico, el sustrato voluntarístico en la voluntariedad de la conducta ejecutada en lugar de la que se debía y podía ejecutar de acuerdo con la norma que la imponía.

En cuanto a los llamados actos automáticos, ALIMENA abandona el concepto psicológico de acto voluntario para tomar en cuenta únicamente "el lado jurídico del problema". Refiriéndose a los actos *instintivos* afirma que no hay duda de que ellos son involuntarios, porque son determinados "no por impulsos externos sino por impulsos internos no advertidos por la conciencia"<sup>29</sup>. Estos actos pueden ser controlados gracias a un esfuerzo de la voluntad. Tal es el caso del soldado que en la trinchera baja instintivamente cada vez que oye el silbido de un proyectil. Pero si en un determinado momento quiere dar pruebas de valor puede controlar el instinto y no agacharse. Por lo tanto, "el acto instintivo puede transformarse en acto voluntario cuando el agente sabiendo que cumple actos instintivos y representándose la posibilidad de impedirlos, no formula el efectivo propósito de impedirlos, y por consiguiente no obstaculiza la realización de tales movimientos"<sup>30</sup>.

Las mismas razones valen para considerar voluntarios los *actos habituales*, los cuales son originariamente actos conscientes y voluntarios que por virtud de la costumbre y de su repetición infinita se ejecutan automáticamente, y se separan, por tanto, de la conciencia y de la voluntad. Si se toma cada uno de estos actos en sí, hay que reconocer que son automáticos. Pero el complejo de ellos, de la conducta no es de ejecución automática, porque el individuo sabe y es consciente de estos movimientos que llegan a ser inconscientes pero que en su conjunto son controlables por la voluntad.

Y en cuanto al contenido de voluntad en las omisiones. ALIMENA sitúa este coeficiente psíquico en la voluntariedad de la conducta tenida en lugar de la que se debía ejecutar.

Un poco menos rígida es la tesis de ANTOLISEI. Según este autor, no todos los actos que se desarrollan fuera de la zona lúcida de la conciencia son independientes de la voluntad. Muchos de ellos pueden ser controlados por la energía interior del hombre. Aún los actos reflejos, dentro de ciertos límites, pueden ser controlados por la voluntad. Lo mismo se puede decir de los actos instintivos, y, con mayor razón, de los habituales. Igualmente, en muchos casos las omisiones inconscientes podrían ser evitadas mediante un esfuerzo de la voluntad, y más precisamente, mediante un esfuerzo de la atención. Los actos automáticos deben dividirse en dos

<sup>29</sup> FRANCESCO ALIMENA, ob. cit., pág. 9.

<sup>30</sup> FRANCESCO ALIMENA, ob. cit., pág. 14.

<sup>26</sup> PETROCELLI, ob. cit., pág. 53.

<sup>27</sup> FRANCESCO ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Vicenza, 1947, págs. 3, 4.

<sup>28</sup> FRANCESCO ALIMENA, ob. cit., pág. 7.

grupos: a) actos que pueden ser impedidos y controlados por la voluntad; b) actos que se desarrollan fuera de todo posible control voluntario. Siendo los actos del primer grupo debidos a una falta de voluntad o a una defectuosa intervención de la misma que no ha obrado como hubiera sido posible, no pueden considerarse ajenos a la voluntad. En cuanto revelan un estado negativo, una deficiencia de la voluntad, ellos se atribuyen a la voluntad misma, de la cual muestran un aspecto. Los actos del segundo grupo, al contrario, deben ser considerados extraños a la voluntad del sujeto, por cuanto este no ha estado en grado de controlarlos.

Consiguientemente, el nexo psíquico entre la conducta y su autor se encuentra no en un impulso de la voluntad, sino en la *atribuibilidad del hecho al querer (suitá)*, en la forma que quedó establecida. "Esta atribuibilidad no existe en los actos que la conciencia no advirtió y no podía advertir ni siquiera con un esfuerzo de la atención, además de los actos que aún siendo advertidos por la conciencia, están determinados por una fuerza física, fisiológica o psíquica superior al poder de la voluntad"<sup>31</sup>.

Según SILVIO RANIERI, para atribuir una acción (u omisión) a un sujeto, no es necesario que esta acción sea el resultado de una decisión voluntaria, sino que basta que sea manifestación o revelación de una personalidad caracterizada por la capacidad de autodeterminación. Según el ilustre autor es conducta consciente y voluntaria la que depende o de cualquier manera se liga a un proceso psicológico nacido y desarrollado a pesar de la posible inhibición. Consiguientemente, constituye conducta no solo el acto voluntario, sino también el comportamiento que se liga a un acto inicialmente querido, o, por lo menos, a un estado psíquico, mediante el cual este comportamiento podía ser inhibido. Lo anterior quiere decir que "el problema de la voluntad en su conexión con la conducta no puede resolverse refiriendo la voluntad misma en forma directa sea a la acción o bien a la omisión, porque si existen acciones y omisiones culpables y queridas, existen también acciones y omisiones que, a pesar de que son relevantes para el derecho penal, no pueden llamarse en sí ni conscientes ni queridas, o, para superar la dificultad, considerando que en la omisión se tiene la voluntad de la inercia de las facultades intelectivas, o una voluntaria inobservancia de su buen gobierno, porque esto es verdad solamente para algunos casos; o voluntad de la inercia de la propia voluntad, o reposo querido del cuerpo, por la misma razón, sino considerando la conducta en sus conexiones con el impulso consciente del cual deriva, o con el estado psíquico del sujeto al cual se liga"<sup>32</sup>.

Consecuencia de lo anterior es que se deben considerar fuera de la esfera de aplicación del derecho penal porque no constituyen conducta (acción) en el sentido técnico de la palabra, los siguientes actos humanos:

a) Los movimientos reflejos, en los límites en los cuales no dependen de un impulso psíquico sino fisiológico, ya que el impulso se transmite directamente de un

centro sensitivo a una célula nerviosa, sin que sea posible una intervención de la voluntad. En esta categoría no quedan comprendidos los actos impulsivos, en cuanto ellos se relacionan con una voluntad inicial, inmediatamente antecedente al movimiento impulsivo, ni tampoco los movimientos automáticos (actos habituales), porque en ellos originariamente la conducta es voluntaria, aunque los movimientos considerados en forma independiente hayan llegado a ser inconscientes y automáticos por fuerza de la costumbre; ni los movimientos instintivos, porque estos, dentro de ciertos límites, pueden ser inhibidos;

b) La inercia inconsciente, incontrolable por la voluntad, porque es un estado fisiológico independiente de la voluntad y de la conciencia;

c) Los movimientos ejecutados bajo el influjo de una fuerza externa irresistible y absoluta<sup>33</sup>.

A las concepciones expuestas con carácter meramente divulgativo, es conveniente hacer algunas observaciones críticas. Es evidente que los actos instintivos, la gran mayoría de ellos, no son controlables por la voluntad. Si lo fueran, dejarían de ser actos instintivos. Es cierto que mediante un adecuado adiestramiento, mediante un largo y eficaz proceso de educación de la voluntad tendiente a obtener determinados resultados preestablecidos, se puede llegar hasta el control efectivo de algunos actos instintivos. Así se explica el ejemplo del soldado en la trinchera. Pero este proceso educativo que tiene éxito en algunos casos sirve para confirmar la regla general, o sea, que los actos instintivos no están sometidos al control de la voluntad. Se deduce que si el hombre educado y adiestrado de manera especial puede controlar algunos de sus movimientos guiados por el instinto, el hombre normal, el que afronta situaciones diversas y complejas sin preparación alguna, el que obra la mayor parte de las veces frente a estímulos de variada intensidad, imprevistos y repentinos, no podrá jamás someter la actividad subconsciente del instinto al dominio de la voluntad. Además, no se comprende cómo podrían ser controlables estos actos, si sabemos que instintivos son aquellos movimientos determinados por factores hereditarios, innatos, y que en general responden a exigencias de la especie. Solamente con relación a los actos habituales se puede aceptar la existencia de un mínimo contenido de voluntad, porque así como ellos se vuelven automáticos por virtud de la costumbre, mediante un esfuerzo de la voluntad pueden dejar de ser tales, para entrar nuevamente en su dominio.

El problema se agrava cuando se refiere a las omisiones. Ya vimos que la conducta observada por el agente en lugar de la que debía ejecutar es indiferente. Por consiguiente, nada se concluye de la afirmación de que hubo una conducta voluntaria. Obsérvese, además, que el sujeto pudo ejecutar mil conductas diversas en lugar de la que debía cumplir, tal como ocurre, por ejemplo, en el caso del art. 310 del C. de P. P., en el cual el director de la clínica dispone de veinticuatro horas para dar aviso a las autoridades de la entrada de heridos. Si omite esta obligación, ¿cuál de todas las conductas tenidas por el director durante las veinticuatro horas podrá considerarse como conducta de su omisión?

<sup>31</sup> F. ANTOLISEI, ob. cit., pág. 183.

<sup>32</sup> S. RANIERI, ob. cit., pág. 204.

<sup>33</sup> SILVIO RANIERI, ob. cit., vol. I.

En muchos casos, como el de los guardianes que omiten colocar señales de peligro y causan un desastre, o el de los conductores de vehículos durante largas horas, se puede señalar como causa de la omisión, que es importante para el derecho penal, no una deficiencia de la voluntad, sino un agotamiento físico, ya que como dice ALTAVILLA "el profundo cansancio, por una vital necesidad de reintegración, nos hace adormecer, sin que la voluntad pueda hacer nada para impedirlo"<sup>34</sup>. Es indudable que en la mayoría de los casos el hombre puede auerantar el sueño y permanecer despierto cuando a ello está obligado. Pero, aun sin recurrir a situaciones patológicas o de carácter marcadamente morboso, no es difícil encontrar casos en los cuales, sin precedentes imputables a negligencia o culpa del sujeto, este, aunque sea solo por un instante, podrá ser dominado por la somnolencia, faltar a sus deberes y producir un desastre. Naturalmente, en estos casos que si no constituyen la mayoría se encuentran sin embargo con gran frecuencia en el obrar humano, no es posible decir que a la base de la omisión se encuentra un sustrato voluntarístico, y no obstante, la conducta es imputable al sujeto por dos motivos fundamentales: porque siendo expresión de una personalidad producen graves daños a la sociedad, y porque en ella no concurre ninguna causal que exculpe el ilícito.

Se debe afirmar además, que no siempre que el individuo omite, que no ejecuta una determinada acción en el tiempo y con las modalidades exigidas por la ley, está contemporáneamente ejecutando otra conducta en lugar de la que debía realizar. En muchos casos es cierto que hay que buscar la eficacia causal de la omisión en la conducta que el sujeto ejecuta mientras debía ejecutar otra. Pero en el campo vastísimo de las omisiones se pueden encontrar numerosísimos ejemplos en los cuales el individuo omite, y no obstante no ejecuta otra conducta, sino que permanece inerte, inmóvil. Y hay otros casos en los cuales la inercia no es solamente física sino también psíquica, es decir, que el individuo permanece inerte físicamente, sin tener conciencia de su estado de inactividad, como en el caso del empleado encargado de colocar las señales de peligro en el cruce de la carretera con el ferrocarril. Si olvida colocar estas señales, no puede decirse que la causa de este olvido está radicada en la actividad que desarrolló mientras tanto. En efecto, el empleado hizo el esfuerzo de atención requerido por su trabajo, ejecutó todos los movimientos que exigía el cumplimiento de su deber, pero en el momento decisivo no ejecutó otra conducta, sino que, simplemente por un defecto de sus facultades psíquicas, olvidó colocar la señal. Este caso de frecuentísima ocurrencia en las varias actividades peligrosas de la vida moderna, es de gran importancia para el derecho penal, aunque no sea posible encontrar por parte alguna un mínimo contenido de voluntad.

Tampoco puede afirmarse que en la conducta omisiva se encuentra una falta de esfuerzo en la atención, y en consecuencia, indirectamente, una falta de voluntad, porque "el querer puede permanecer totalmente extraño. En verdad, si debe admitirse que con un acto del querer se puede acrecer la propia atención y la propia diligencia, la inversa no es verdadera, es decir, que toda desatención dependa de

la voluntad, porque puede depender exclusivamente de un defecto en la esfera intelectual o en la emotiva del sujeto"<sup>35</sup>.

## 9. CONCLUSIÓN

El concepto estrictamente psicológico de acto voluntario no es apto para satisfacer las necesidades de la ciencia jurídico-penal. En efecto, si por un acto voluntario se entiende comúnmente el que se ejecuta guiado por fines conscientes, si por voluntad se entiende "aquel proceso mediante el cual el hombre decide cuáles estados y cuáles procesos endotímicos deberán guiar su vida y su conducta y después sostiene esta decisión contra toda resistencia que obstaculice su realización"<sup>36</sup>, es evidente que el concepto psicológico de voluntad no es suficiente para realizar los fines que el derecho persigue, y que este no puede sacrificar la tutela social que se le ha confiado, y que constituye la razón misma de su existencia. Según mi opinión, en la busca del nexo causal entre la conducta y su autor es necesario dejar a un lado el concepto de acto voluntario. No se debe confundir la culpabilidad con el elemento subjetivo de la acción. Este elemento puede encontrarse en la actividad psíquica del sujeto, voluntaria o no (actividad subconsciente), conciliándolo con el fin último del derecho penal que es la defensa social, sin perder de vista la personalidad del agente que se refleja en la acción, que opera en su compleja estructura unitaria, en la totalidad de sus funciones y facultades que se influyen recíprocamente, y considerando además, las circunstancias externas en las cuales el individuo debe operar.

Tiene razón el padre GEMELLI cuando afirma que la voluntad es la expresión de toda la personalidad, y aunque el obrar humano sea presidido por la voluntad, no se puede analizar una acción humana desligada de la personalidad de quien la ejecuta, y que, por lo tanto, es necesario estudiar el profundo abismo del subconsciente, formado por la vida afectiva, por las tendencias, por las inclinaciones, por las disposiciones, sobre las cuales obra la voluntad con acción directiva<sup>37</sup>. Tiene razón el ilustre psicólogo cuando a pesar de su posición filosófica y religiosa escribe estas claras palabras: "para juzgar si un hombre es responsable de una acción, si esta le debe ser atribuida como propia, debemos determinar cómo al prepararla, al manifestarla, al actuarla, se ha manifestado su personalidad. No podemos, entonces, desde el punto de vista psicológico, en la práctica cotidiana, considerar que un hombre es responsable, y atribuirle una acción como propia, no en cuanto ella es fruto de una decisión voluntaria, porque es difícil determinar el mecanismo de acción de esta decisión, sino en cuanto se manifiesta y se revela como característica de

<sup>35</sup> F. GRISPIGNI, ob. cit., t. II, pág. 40.

<sup>36</sup> FILIPPO LERSCH, *La struttura del carattere*, Padova, Cedam, 1950, pág. 208.

<sup>37</sup> AGOSTINO GEMELLI, *Introducciones alla psicologia*, Milán, 1954, pág. 294.

<sup>34</sup> ENRICO ALTAVILLA, *La colpa*, Roma, 1950, pág. 86.

una personalidad en que la voluntad tiene su factor decisivo y discriminativo"<sup>38</sup>. Igualmente PETROCELLI, otro de los clásicos, afirma que "no hay necesidad, para todas las hipótesis de delito, de una presencia activa del querer en el momento de la infracción"<sup>39</sup>, y que es errado el criterio que ve la voluntad como un poder activo de impulso o de inhibición.

Si eminentes escritores pertenecientes a la escuela clásica, como los que se han transcrito, emiten estos conceptos, para quienes siguen los criterios positivistas de la función enmendativa y defensiva de la pena y del derecho, el problema se simplifica cuando se tenga el coraje de reconocer que la voluntad no es un elemento esencial en la teoría de la acción, y que este elemento falta en muchas acciones que a pesar de todo son sancionadas por el derecho en defensa de la sociedad.

Las varias tesis enunciadas no sirven para explicar la verdadera esencia de la omisión. No es posible transferir al derecho una noción de acto voluntario exquisitamente psicológica. Ni tampoco se pueden alterar los conceptos elaborados por la psicología para crear una noción de acto voluntario que no corresponde a la realidad.

Es necesario aclarar que sobre la voluntad ejercita su influencia la vida afectiva, como también la vida intelectual (en efecto, puede ser objeto de la voluntad solo lo que es conocido), y que fuera de la voluntad quedan todas las acciones que tienen su origen psíquico en la vida inconsciente o subconsciente, motivo por el cual, en muchos casos la omisión no corresponde a un defecto de la voluntad, sino más bien a una anomalía en la esfera intelectual o afectiva. Es obvio que estos casos en los cuales se equivoca también la tesis de la *causalidad voluntaria antecedente* (antecedente a la conducta omisiva) no pueden quedar al margen del derecho penal. Si la doctrina jurídica en su constante evolución no ha sabido encontrar un vínculo claro y preciso, tal de poder ser establecido en cada caso con precisión y seguridad, para llenar el requisito de la *suitá* de la conducta con relación al agente, no queda más en el estado actual de la ciencia jurídica que reconocer que en muchas acciones humanas no existe la voluntad, y que, consiguientemente, el derecho existe no para castigar a los malos, sino para defender los intereses de la sociedad, y que el acto humano tiene consecuencias jurídico-penales no porque sea inmoral, sino porque es socialmente dañino.

De todo lo anterior se debe concluir que no es necesario que la acción y la omisión sean voluntarias, o que dependan de una decisión voluntaria, para ser consideradas jurídicamente como "conducta", sino que basta que ellas sean la emanación física y psíquica de una personalidad que es extrínseca y revela como socialmente peligrosa con la acción o la omisión, independientemente del juicio puramente ético que pueda emitirse sobre ellas.

Evidentemente, si se quita el elemento voluntario de la teoría de la acción, y este se define como la emanación de una personalidad que se individualiza y caracteriza por cualquier medio psíquico, voluntario o no, se agranda el campo del derecho penal hasta el límite necesario para que pueda desplegar toda su eficacia en el cumplimiento de su fin último.

En esta forma, todas las hipótesis de acciones peligrosas para la sociedad, que se producen sin la intervención visible de la voluntad del sujeto, y en muchos casos contra esa misma voluntad, entran en la esfera sancionatoria del derecho, que puede cumplir así su obra y alcanzar el fin y la razón de su existencia: la defensa social.

<sup>38</sup> AGOSTINO GEMELLI, ob. cit., pág. 295.

<sup>39</sup> BIAGGIO PETROCELLI, ob. cit., págs. 36-37.