

REVISTA DE LIBROS

**BACIGALUPO, Enrique: «Delitos impropios de omisión». Ediciones Panne-
dille, Buenos Aires, 1970; 173 págs.**

La monografía de Bacigalupo se inicia con una «Introducción y definición del problema». En el Capítulo I, dedicado a exponer la «Evolución de las soluciones dogmáticas», se hace una historia de la omisión impropia que termina con el «Estado actual del problema»; a lo largo de ese capítulo el autor, al tiempo que facilita una completísima y sintética visión de la discusión doctrinal en torno a la omisión impropia, centra ya, críticamente, los puntos claves y polémicos.

En el Capítulo II Bacigalupo aborda el problema de si acción y omisión pueden ser reconducidas a un concepto unitario. La crítica de las distintas soluciones es convincente y demoledora. Bacigalupo estima que «pretender una unidad entre acción y omisión es pretender una unidad de acción y tipicidad»; acertadamente, pues mientras que el juicio (ontológico) de que alguien realiza una acción se pronuncia sin referencia a ninguna esfera valorativa, ello no sucede con la omisión: omisión significa no realización de una acción exigida por una norma. Como «ontológicamente sólo hay acciones positivas», Bacigalupo deduce que es la acción positiva el sustrato ontológico de la acción y de la omisión típicas; en la esfera normativa habrá que determinar, para que se dé la tipicidad, si esa acción es la prohibida por la ley (delito de hacer positivo) o si esa acción no es la exigida por la ley (delito de omisión). De esta manera (cambiando la fórmula que define la omisión por un «no-hacer determinado» por la de que es «un hacer que no es el determinado»), Bacigalupo lleva a cabo una diferenciación extraordinariamente rigurosa entre los campos ontológico y normativo; una diferenciación que supone un gran avance para la comprensión del problema.

En lo que se refiere a la causalidad de la omisión, Bacigalupo se adhiere a la doctrina de Armin Kaufmann de que la omisión es causal —como condición negativa— del resultado, pero que el omitente no es causal de su omisión. Al no haber causalidad, Kaufmann piensa que en la omisión tampoco existe dolo. Bacigalupo opina también que un dolo como el del delito de comisión, caracterizado por la voluntad de realización (de causación) del tipo, es inimaginable en la omisión. En su opinión, lo que define la forma más grave (dolosa) de la omisión es que el sujeto, que tiene conciencia de la amenaza de que el resultado se produzca, aprueba esa producción.

En el Capítulo III Bacigalupo se ocupa, en primer lugar, del problema del autor inidóneo de la omisión impropia, esto es: de quien cree que es garante sin serlo. La toma de posición de Bacigalupo de que en estos supuestos estamos ante un delito putativo y no ante una tentativa inidónea, ha desencadenado inmediatamente una polémica en Argentina: en el Homenaje a Asúa, recientemente aparecido en Buenos Aires, se ocupan de este problema del autor inidóneo Castilla, Righi y Romero. Al referirse a la posición de garante, Bacigalupo desformaliza con razón el planteamiento del problema y

señala que, lo que en realidad importa, es determinar qué grado de vinculación con el bien jurídico se precisa para que pueda hacerse responsable a un omitente por la producción del resultado. De acuerdo con ello, Bacigalupo divide la exposición en posición de garante para la defensa de un determinado bien jurídico y para la vigilancia de una determinada fuente de peligro.

Los problemas de participación y tentativa son examinados en el Capítulo IV. El Capítulo V consiste en un examen de la jurisprudencia argentina sobre la omisión impropia.

El libro de Bacigalupo es un modelo de rigor científico y de enfrentamiento crítico con los problemas; de seriedad y de solidez. En la obra se encuentran expuestos, valorados y criticados con un admirable pensamiento lógico, todos los puntos de vista sobre la omisión impropia que aspiran a tener vigencia. En estos momentos de luto para la ciencia penal de habla española, es reconfortante ver que la antorcha que D. Luis Jiménez de Asúa mantenía en América, no ha caído al suelo: que ha sido transmitida a una nueva generación de penalistas argentinos que da una clara muestra de su valía precisamente en el «Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa», que acaba de aparecer en Buenos Aires; a una nueva generación en la que ocupa un puesto decisivo Enrique Bacigalupo.

Para terminar, quiero hacer referencia aquí, aunque son varios los puntos en los que me deja insatisfecho el planteamiento general que la dogmática da a la omisión impropia, únicamente a uno de ellos. Si bien con distinta fundamentación, Armin Kaufmann, Roxin y también Bacigalupo, coinciden en que el garante es siempre autor y nunca cómplice de la lesión del bien jurídico por el que es responsable ante la comunidad. No es esta la doctrina dominante —la doctrina dominante estima, por el contrario, aunque no lo fundamente, que el garante puede ser cómplice—, pero sí la doctrina consecuente. Pues si existe omisión impropia siempre que un garante no impida el resultado, entonces ello sucede tanto cuando no se evita la muerte por accidente (el padre, aún pudiendo hacerlo no salva al hijo de perecer ahogado), que cuando no se evita la muerte por un delito (el padre, aún pudiendo hacerlo, no impide que a su hijo le mate un tercero). En este segundo caso, por consiguiente, el padre es autor de un parricidio y no cómplice en el delito del que ejecuta la muerte por propia mano. Pero esta solución, inevitable sobre la base de la doctrina de la posición de garante, no es convincente; pues si el padre hace algo más que presenciar, inactivo, como un tercero mata a su hijo, y él mismo le da al homicida el cuchillo instrumento del delito, esta acción positiva es de complicidad. Con lo que resulta que lo más —la acción: pues es más grave intervenir activamente en el delito que no la mera abstención—, es complicidad; y lo menos —la omisión—, es autoría; y que lo que le interesa al padre es que califiquen su conducta por lo más grave —por la entrega del cuchillo—, que por lo menos grave —por la mera inactividad—. Para estos y otros casos en los que admitir una omisión impropia lleva a una penalidad excesiva —a una penalidad como autor—, Roxin y la doctrina dominante acuden al procedimiento de proponer que el omitente sea castigado «como si» fuese un cómplice. Pero es este un procedimiento abiertamente contradictorio. Primero se explica que el problema central de la omisión impropia consiste en determinar cuándo

un no hacer equivale a un hacer. Después se afirma que esa equivalencia se da cuando el omitente tiene una posición de garante. Y, finalmente, se dice que existen casos en los que aplicar al garante la pena del delito de acción sería excesivo y que, por ello, hay que atenuar su responsabilidad aplicándole la pena del cómplice. Con ello se ha olvidado el punto de partida; pues si la pena del delito de acción es excesiva para una omisión, entonces es que esa omisión no equivale a una acción; y si no equivale a una acción, entonces no es que sea una omisión impropia cuya penalidad haya que atenuarla, sino que no es una omisión impropia. Y si hay —como los hay— supuestos de omisión del garante que no equivalen en intensidad criminal a una acción, entonces es que ha fracasado la tesis de que omisión + posición de garante = acción. La consecuencia que hay que sacar de todo ello no es la de atenuar la pena, sino la de revisar de raíz la doctrina de la posición de garante. Bacigalupo lo ha hecho en referencia a una de las fuentes tradicionales del deber de garantía (la ingerencia), en su artículo sobre «Conducta precedente y posición de garante». Del artículo 106 del Código Penal argentino, que coincide con el tercer párrafo del 489 bis del Código Penal español, deduce Bacigalupo, con razón, que el hacer anterior no convierte a una omisión en omisión impropia; pues si un conductor atropella a un peatón y luego no lo socorre, no responde —ni en Derecho penal argentino ni en Derecho penal español—, por un delito de homicidio doloso en comisión por omisión, sino por una omisión agravada del deber de socorro en eventual concurso con homicidio imprudente. Que ello sea así no me parece criticable sino todo lo contrario. Pues la conducta del que huye del lugar del accidente, después de haber atropellado sin intención a un peatón, no equivale (y por ello: no es una omisión impropia), a dirigir el vehículo contra un peatón para matarle.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

BARJALIA, J. J.: «Sadismo y masoquismo en la conducta criminal». Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959; 133 págs.

Considera el autor que en muchos de los crímenes cometidos por sadismo o masoquismo es difícil conocer con claridad la motivación. No obstante, estima que el psicoanálisis puede aportar datos de interés en torno a esta investigación, empleando como método más eficaz la indagación de la etiología sexual en el niño, en relación con una serie de procesos de estancamiento.

Recoge las teorías de Freud sobre el desarrollo del niño en su estado pregenital y el complejo de Edipo, que junto con el sentimiento de culpabilidad puede ser el origen de algunos delitos.

Estima que no es fácil determinar cuándo termina el sadismo y cuándo comienza el masoquismo; de ahí que los psicoanalistas prefieran emplear el término sadomasoquismo, aunque es más correcto utilizar el término «algolagua», que será activa en el sadismo y pasiva en el masoquismo.

Presenta algunos personajes célebres sadomasoquistas e intenta dar una explicación de su conducta; relaciona el masoquismo con ciertas formas de necrofilia, violación de sepulturas, antropofagia, etc.