

EL CASO DEL CAMARERO MALVADO*

Prof. Dr. Luis E. CHIESA**

Resumen

Este ensayo analiza el “caso del camarero malvado”, un modelo hipotético famoso que ha sido objeto de mucho debate en la literatura jurídico-penal alemana, española y latinoamericana pero que lamentablemente no ha tenido su espacio en los trabajos académicos angloamericanos. El caso presenta un camarero que se da cuenta de que el bistec de solomillo que está por servir en la mesa que tiene a cargo está cubierto de una salsa de vino y hongos venenosos. No obstante, lleva el plato a la mesa. El cliente come el bistec de solomillo envenenado y muere varios minutos después. ¿Mató el camarero malvado al cliente hambriento o sólo lo dejó morir? En este ensayo se sostiene que la conducta del camarero malvado contiene características moralmente relevantes tanto de acciones como de omisiones, a pesar de que no es una conducta puramente activa ni puramente omisiva. Es, a falta de una expresión mejor, una “actomisión” que es más reprochable que una pura omisión pero menos merecedora de condenación que un ilícito puramente activo. Una conducta se considera actomisión si equivale a la omisión de auxilio (p. ej., el camarero omite salvar al cliente) que se cumple realizando un movimiento corporal voluntario (el camarero pone el plato ante el cliente). Como resultado de la naturaleza híbrida de su conducta, el camarero malvado debería ser castigado de manera más severa que si hubiera meramente omitido rescatar al cliente. El caso del camarero malvado resulta aun más importante porque revela que

* Originalmente publicado en *University of Miami Law Review*, vol. 69, 2014, pp. 161-192. Traducción del inglés de José R. BÉGUELIN y Leandro A. DIAS. Los traductores desean agradecer al prof. Dr. Dr. h.c. Marcelo A. SANCINETTI por sus valiosos comentarios a una versión preliminar de la traducción. Se ha mantenido, en la medida de lo posible, el estilo de citas de la publicación original.

** Profesor de Derecho y director del Centro de Derecho penal de Búfalo, Facultad de Derecho de Búfalo, Universidad del Estado de Nueva York. Estoy en deuda de gratitud con los miembros docentes de la Facultad de Derecho de Cornell por sus valiosos comentarios cuando se presentó una versión temprana de este artículo en el marco del coloquio de docentes de la Facultad de Derecho de CORNELL. Les agradezco particularmente a Michael DORF, Sherry COLB y Jens OHLIN por sus observaciones, que fueron de mucha ayuda. Por último, le agradezco a Leo ZAIBERT por tomarse el tiempo de leer este ensayo y hacer una crítica muy detallada y útil.

los jueces no deberían estar obligados a describir la conducta penal como un acto o como una omisión. Por el contrario, el derecho penal estadounidense debería reconocer las “actomisiones” como una categoría diferente de conductas. Tales actomisiones deberían castigarse de modo más severo que las puras omisiones pero menos que las conductas completamente activas. Por tanto, el derecho penal funcionaría mejor si se reemplazara la dicotomía acción/omisión por la distinción tripartita acción/omisión/actomisión.

Palabras clave: acciones – omisiones – actomisiones – advertencia previa – matar – dejar morir – Günther JAKOBS – Judith THOMSON

Title: The Evil Waiter Case

Abstract

This essay discusses the ‘Evil Waiter Case’, a famous hypothetical fact pattern that has been the subject of much debate in the German, Spanish, and Latin American criminal law literature, but that unfortunately has not found its way into Anglo-American scholarly writings. The case presents us with a waiter who notices that the filet mignon she is taking to her assigned table is covered in a poisoned mushroom wine sauce. She nevertheless takes the dish to the table. The patron eats the poisoned filet mignon and dies several minutes later. Did the evil waiter kill the hungry patron or did she merely let him die? This essay argues that the evil waiter’s conduct shares morally relevant features of both actions and omissions, although it is neither purely active nor purely omissive conduct. It is, for lack of a better word, an ‘actmission’ that is more blameworthy than a pure omission but less worthy of condemnation than purely active wrongdoing. Conduct counts as an actmission if it amounts to a failure to rescue (e.g. waiter fails to rescue patron) that is accomplished by engaging in a willed bodily movement (waiter places dish in front of patron). As a result of the hybrid nature of her conduct, the evil waiter should be punished more severely than if she had merely failed to rescue the patron, but less harshly than if she had actively killed the patron. More importantly, the Evil Waiter Case reveals that judges should not be forced to describe criminal conduct as either an act or an omission. Instead, American criminal law ought to recognize ‘actmissions’ as a distinct category of conduct. Such actmissions should be punished more than pure omissions but less than entirely active conduct. Criminal law would thus be better served by replacing the act/omission distinction with the act/omission/actmission trinction.

Keywords: Actions – Omissions – Actmissions – Fair Warning – Killing – Letting Die – Günther JAKOBS – Judith THOMSON

Sumario

I. Introducción; II. Formulaciones en pugna: El caso del camarero malvado como acción, como omisión y como actomisión; A. El caso del camarero malvado como acción; B. El caso del camarero malvado como omisión; 1. La estructura del ilícito pasivo – El caso del camarero omitente; 2. Análisis de la distinción entre ilícito pasivo y activo – Comparación entre los casos del camarero omitente y del ponzoñoso; 3. Enseñanzas de comparar el caso del camarero malvado con los del camarero omitente y del ponzoñoso; 4. Conclusión preliminar – La conducta del camarero malvado no es una pura omisión; C. El caso del camarero malvado como comisión por omisión; D. El caso del camarero malvado como actomisión; 1. El caso del camarero malvado no presenta una conducta puramente activa o pasiva; 2. La conducta del camarero malvado como una “actomisión” que es tanto activa como pasiva de modo moralmente relevante; III. Enseñanzas del caso del camarero malvado: La distinción acción/omisión requiere una revisión; A. ¿Debe reemplazarse la distinción acción/omisión por una escala gradual para la conducta humana?; B. Una propuesta más modesta: hacia una distinción tripartita entre acción/omisión/actomisión; IV. Conclusión

I. Introducción

El cocinero de un restaurante toca la campanilla para indicarles a los camareros que la comida está lista para llevar a la mesa. El camarero camina con diligencia hacia la cocina y toma el plato. Es un bistec de solomillo exquisitamente preparado con salsa de vino y hongos. Por desgracia, hay algo que no está bien en el plato. El color de la salsa de hongos es extraño. Dado que el camarero está trabajando en su tesis doctoral en biología y química, rápidamente concluye que los hongos utilizados para la salsa son setas venenosas que pueden causar la muerte si son consumidas por humanos. Sin embargo, decide llevar el plato a la mesa. Él considera que no es parte del trabajo de un camarero examinar la comida para ver si hay sustancias venenosas. Al llegar a la mesa, pregunta: “¿Quién pidió el bistec de solomillo con salsa de vino y hongos?”. Un comensal hambriento levanta la mano y le contesta: “¡Yo, yo!”. El camarero pone delicadamente el plato frente al comensal hambriento. Le dice: “*Bon appétit, monsieur!*” y se aleja hacia la cocina para

buscar un plato para otra mesa. El cliente hambriento come el bistec de solomillo. Muere varios minutos después por intoxicación con hongos.¹

¿Ha matado el camarero al cliente o simplemente lo ha dejado morir? Más específicamente, ¿es responsable el camarero por haber asesinado al cliente o por haber omitido auxiliario? Si la respuesta correcta es la primera, probablemente será condenado a una pena de prisión que puede variar entre diez años y cadena perpetua, según la jurisdicción.² Sin embargo, si simplemente omitió prestarle auxilio al cliente, no será castigado en absoluto en la gran mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos.³

En este ensayo se sostiene que es inapropiado que las reglas jurídicas actuales obliguen a elegir entre describir la conducta del camarero como un acto que da lugar a responsabilidad por homicidio o como una omisión que da lugar a responsabilidad por omisión de auxilio. El universo moral no es tan sencillo. Algunos cursos de conducta comparten características moralmente relevantes tanto de actos como de omisiones. Llamo a tales cursos de conducta “actomisiones” y sostengo que su característica principal es que son más reprochables que las omisiones pero menos que las acciones.⁴ Sobre la base de esta teoría, en este ensayo se propone que la mejor manera de describir la conducta del camarero malvado es como una “actomisión” que es más reprochable que una mera omisión de salvar al cliente, pero menos merecedora de condenación que matarlo activamente. Como resultado de ello, el castigo adecuado que se le debería imponer al camarero es menor que el previsto para el homicidio pero mayor que el previsto para omisiones de auxilio. Esto, por su parte, pone en evidencia un defecto importante del derecho penal estadounidense. En lugar de tratar de forzar artificialmente la conducta en la categoría de “acción” o en la de “omisión”, se atendería mejor a los intereses del derecho penal si se reconociera que hay cursos de

¹ El caso del camarero malvado fue propuesto por primera vez por el famoso jurista penal alemán Günther Jakobs en su libro DERECHO PENAL: PARTE GENERAL. Ver Günther Jakobs, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL, FUNDAMENTOS Y TEORÍAS DE LA IMPUTACIÓN, pp. 250–53 (trad. de Joaquín Cuello Contreras & José Luis Serrano González De Murillo, Marcial Pons 2.ª ed. 1995) (2.ª ed. 1991). Pido al lector que imagine que el cocinero no está en falta al usar los hongos venenosos. Esta circunstancia no es necesaria, pero es útil para evitar distraerse con problemas de participación y de atribución de la responsabilidad entre los diferentes actores posiblemente involucrados en la muerte del cliente hambriento. El lector también tiene que tomar en consideración que el camarero sólo pudo darse cuenta de que los hongos eran venenosos porque tiene un conocimiento especial gracias a sus estudios avanzados. Una persona media o un camarero medio no habrían notado nada malo en el plato.

² Ver, p. ej., U.S. SENTENCING GUIDELINES MANUAL § 2A1.1–.5 (2011) (donde se delinear bases penales para los delitos de homicidio).

³ Ver, p. ej., Joshua Dressler, *Some Brief Thoughts (Mostly Negative) About “Bad Samaritan” Laws*, 40 SANTA CLARA L. REV. 971, 975 (2000).

⁴ Dije esto por primera vez en Luis E. Chiesa, *Actmissions*, 116 W. VA. L. REV. 583, 584 (2013).

conducta que son en parte activos y en parte omisivos y que, por tanto, merecen menor castigo que la conducta puramente activa pero mayor que la conducta completamente pasiva.

La argumentación se da en dos partes. En el punto II de este ensayo se analiza si lo mejor es describir la conducta del caso del camarero malvado como una acción o como una omisión. Luego de determinar que describir la conducta del camarero como acción o como omisión es insuficiente, se sostiene que el caso presenta un curso de acción que es tanto activo como omisivo en aspectos moralmente relevantes. Por tanto, presenta la estructura propia de lo que en este ensayo se denomina “actomisión”.

En el punto III se desarrollan las implicancias que tiene el caso del camarero malvado para el derecho penal estadounidense. Más específicamente, se estudia si es mejor reemplazar la dicotomía acción/omisión por una escala gradual que permita a quienes toman decisiones ubicar la conducta en un continuo que va desde la conducta plenamente activa hasta la puramente pasiva. Adoptar la perspectiva de una escala gradual para la conducta humana captaría con mayor precisión la complejidad moral del caso del camarero malvado y otros supuestos de hecho que comparten una estructura similar. Por ejemplo, explicaría mejor los llamados casos de “doble evitación”, en los que una persona realiza una acción positiva que evita que otro evite un daño en particular.⁵ Al igual que el caso del camarero malvado, los de doble evitación tienen en común características moralmente relevantes tanto para acciones como para omisiones y, por ello, se resisten a la clasificación como puramente activos o puramente pasivos. Además, con el famoso ejemplo del violinista de Judith Jarvis Thomson⁶, sostendré que los casos de aborto no presentan ni una conducta puramente activa ni una completamente pasiva. Antes bien, el aborto presenta un caso en el que la omisión de prestar sustento se cumple por vía de una acción positiva. En cuanto tales, los casos de aborto se ubican en algún punto de la escala gradual entre la conducta plenamente positiva y la completamente pasiva.

Si bien reemplazar la dicotomía acción/omisión por el punto de vista de la escala gradual para la conducta humana describiría mejor el alcance completo de la conducta —tal como sucede con el caso del camarero malvado, los casos de doble evitación y los abortos—, el precio que habría

⁵ Un ejemplo de caso de “doble evitación” sería el del autor que sujeta por la fuerza a una persona que está a punto de rescatar a un niño que está ahogándose. Al sujetar por la fuerza a esa persona, el autor ha impedido que ésta evite la muerte del niño. Los casos de doble evitación se discuten con mayor detalle en el punto III.A de este ensayo.

⁶ Ver Judith Jarvis Thomson, *A Defense of Abortion*, 1 PHIL. & PUB. AFF. 47, 48–49 (1971).

que pagar sería muy alto. Adoptar una escala gradual para la conducta humana no es atractivo, en última instancia, porque la naturaleza imprecisa de la determinación con la escala gradual haría difícil para la ciudadanía saber *ex ante* si su conducta sería considerada como acto, omisión o algo intermedio. Esto podría privar de manera inconstitucional al acusado de la advertencia previa*.⁷ Si bien esto brinda un argumento decisivo en contra de que se adopte en el derecho penal el punto de vista de la escala gradual para la conducta humana, no excluye de antemano la posibilidad de reconocer las actomisiones como una categoría autónoma de la conducta humana junto a las acciones y las omisiones. Reconocerlas explicaría mejor los casos como el del camarero malvado, los de doble evitación y los abortos. Además, se evitaría privar al acusado de la advertencia previa. Por ello, se le rendiría un mejor servicio al derecho penal estadounidense si se reemplazara la rígida dicotomía acción/omisión con la más rica distinción tripartita acción/omisión/actomisión.

II. Formulaciones en pugna: El caso del camarero malvado como acción, como omisión y como actomisión

A. El caso del camarero malvado como acción

Con frecuencia, los juristas y los filósofos definen la acción como “movimiento corporal voluntario”.⁸ Los pocos códigos que definen la acción lo hacen de manera similar. El código penal Modelo, por ejemplo, define la acción como un movimiento corporal que es el “producto del esfuerzo o determinación del autor”.⁹ Según esta definición, el camarero del caso realizó una *acción* que mató al cliente hambriento. Después de todo, realizó un movimiento corporal voluntario —servirle el plato al cliente hambriento— que incidió de manera relevante en la muerte del cliente.¹⁰

* Nota de los trad.: Se ha decidido traducir el término “*fair warning*” como “advertencia previa”, dado que una traducción literal (“advertencia justa”) no es usual en la cultura jurídica continental. De lo que se trata, en definitiva, es de un requisito del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, que consiste (al menos según una fundamentación usual de dicho principio en los sistemas jurídicos anglosajones) en ofrecerle al autor una aviso justo o razonable de que su conducta será punible. Dicho aviso daría lugar a un incentivo razonable para abstenerse de la realización de la conducta.

⁷ U.S. CONST. art. I, § 9, cl. 3 (“No se dictarán leyes de proscripción ni *ex post facto*”); U.S. CONST. art. I, cl. 1 (“Ningún estado... dictará... leyes *ex post facto*”).

⁸ Ver, p. ej., MICHAEL S. MOORE, ACT AND CRIME: THE PHILOSOPHY OF ACTION AND ITS IMPLICATIONS FOR CRIMINAL LAW 78 (1993) (con cita de Oliver Wendell Holmes, quien decía que una acción “es una contracción muscular voluntaria, nada más”) (cita omitida).

⁹ MODEL PENAL CODE § 2.01(2)(d) (1962).

¹⁰ Esta es la conclusión a la que llega la mayoría de los juristas del derecho continental cuando analizan este caso hipotético. Ver, p. ej., EUGENIO RAÚL ZAFFARONI ET AL., DERECHO PENAL: PARTE GENERAL 476 (Ediar 2.^a ed. 2002).

Hay mucho en juego al determinar si el camarero mató al cliente hambriento mediante la realización de una acción que causa daño. La mayoría de los teóricos está de acuerdo en que las acciones son más reprochables que el omitir actuar (omisiones).¹¹ En este ensayo se sostiene que las acciones son más reprochables que las omisiones porque las primeras ponen a la víctima en peor situación que aquella en la que estaba. Por el contrario, las omisiones omiten poner a la víctima en mejor situación.¹² Parece bastante evidente que tenemos una pretensión más fuerte contra los demás de que se abstengan de ponernos en peor situación, que la pretensión que tenemos de que nos pongan en mejor situación.¹³

La diferencia entre acciones y omisiones no es tan sólo filosófica. Es difícil explicar muchas características importantes de nuestras leyes penales sin tomar en consideración esta distinción. Las leyes referidas al homicidio lo ilustran bien. Matar a un ser humano sin justificación o excusa se castiga siempre con bastante severidad.¹⁴ No obstante, en general dejar que una persona muera no está castigado en los Estados Unidos.¹⁵ Desde luego que hay excepciones a esta regla. Dejar morir a una persona se castiga tan severamente como matarla si hay un deber jurídico especial de impedir su muerte.¹⁶ Sin embargo, a falta de este deber especial, en la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses dejar morir a una persona no está castigado en absoluto.¹⁷ Las pocas jurisdicciones que sí castigan las omisiones lo hacen de modo mucho menos severo que cuando castigan el matar a una persona.¹⁸

¹¹ Ver, p. ej., Warren S. Quinn, *Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Doing and Allowing*, 98 PHIL. REV. 287, 298–300 (1989).

¹² Algunos filósofos creen que las omisiones no pueden causar daño. Ver, p. ej., MOORE, *supra* nota 8, en p. 88 (en donde teoriza que Oliver Wendell Holmes diría que “las omisiones no son actos, por ello el hecho de que nuestra teoría no las incluya como actos no es un defecto, sino una virtud”) (cita omitida). Otros, sin embargo, sostienen que las omisiones pueden ser tratadas como causas de daños. Ver, p. ej., H.L.A. HART & A. M. HONORÉ, *CAUSATION IN THE LAW* 35–36 (1959).

¹³ Ver, p. ej., Quinn, *supra* nota 11, en pp. 289–290.

¹⁴ Ver, p. ej., MODEL PENAL CODE § 210.2 (1962).

¹⁵ Respecto de un panorama general de la falta de atribución de responsabilidad en las jurisdicciones estadounidenses por la omisión de salvamento, ver Dressler, *supra* nota 3, en pp. 975–77.

¹⁶ Ver, p. ej., MODEL PENAL CODE § 2.01(3)(b) (1962).

¹⁷ Ver, p. ej., Dressler, *supra* nota 3, en p. 975 (“La regla general es que una persona no es penalmente responsable por lo que omite hacer”).

¹⁸ Este es el caso, por ejemplo, en Vermont. VT. STAT. ANN. tit. 12, § 519 (2003) (en donde se establece un deber de auxilio, pero los infractores dolosos son multados con un máximo de \$ 100).

Por ello, es sumamente importante definir si el camarero del caso mató al cliente hambriento o si simplemente lo dejó morir.¹⁹ Un análisis superficial indica que el camarero mató al cliente porque realizó un movimiento corporal voluntario que incidió en su muerte. Sin embargo, con un análisis más detallado, la cuestión resulta más complicada. ¿Empeoró la conducta del camarero la situación del cliente hambriento o simplemente omitió mejorarla? Si la respuesta correcta es la primera opción, la conducta del camarero debería describirse como una acción que merece un castigo importante. Si es la segunda, lo mejor es describirla como una omisión que merece un castigo significativamente menor.

Por desgracia para el cliente hambriento, su destino quedó sellado principalmente cuando el cocinero echó sin querer la salsa de hongos venenosos sobre el bistec de solomillo. Dada la forma en que normalmente funcionan los restaurantes, una vez que el plato está listo para llevar a una mesa determinada, es probable que el plato eventualmente llegue al destinatario deseado. Si el camarero malvado decidiera no llevarlo a la mesa, con seguridad lo llevaría otro camarero. En consecuencia, parece que el cliente hambriento no puede afirmar realmente que la conducta del camarero malvado lo ha puesto en peor situación, pues seguramente habría muerto aun si el camarero malvado se hubiera abstenido de ponerle el plato en la mesa. Esto no implica decir que la conducta del camarero no es reprochable. Seguramente lo es. Sin embargo, su reprochabilidad podría explicarse mejor por su omisión de hacer algo una vez que tomó consciencia de que la salsa de hongos era venenosa. Nótese, no obstante, que si la característica moralmente relevante de la conducta del camarero es su omisión de decir o hacer algo una vez que se dio cuenta del peligro, su conducta comienza a parecer menos una acción que una omisión.

Esto es precisamente lo que sostiene Günther Jakobs —el jurista alemán que inventó este caso hipotético—.²⁰ Para él, la conducta del camarero tiene la estructura de una omisión, pues lo realmente reprochable en el curso de los sucesos es su omisión de evitar el daño del cliente

¹⁹ Definir si el curso de la conducta del caso del camarero malvado se describe como un acto o una omisión es de suma importancia si se parte de la base de que las acciones son, *ceteris paribus*, más reprochables que las omisiones. En cambio, si las omisiones son tan reprochables como las acciones, entonces describir la conducta del camarero malvado como activa u omisiva no será una diferencia importante. En este ensayo, parto de la base de que las acciones son, *ceteris paribus*, más reprochables que las omisiones y que, por tanto, es importante la cuestión de describir la conducta del camarero malvado como una acción o como una omisión. La base de la que parto es compartida por muchos filósofos. Ver Quinn, *supra* nota 11, en pp. 287–89. Además, esta base se halla en el centro de la manera en que las acciones y las omisiones son tratadas en el derecho. Tal como lo expongo en el texto de este ensayo, todos los sistemas jurídicos del mundo castigan más severamente las acciones que las omisiones, a menos que la omisión de actuar esté acompañada de una infracción a un deber especial de actuar.

²⁰ JAKOBS, *supra* nota 1, en p. 253.

cuando se encontraba en posición de hacerlo.²¹ Por tanto, según Jakobs, el hecho de que el camarero estuviera realizando un movimiento corporal voluntario en el momento en que tuvo lugar la omisión de actuar es una característica moralmente irrelevante de la conducta.²²

Describir la conducta del camarero como una acción se torna aun más dudoso cuando se lo compara con una variación del caso, a la que llamaré el “caso del camarero ponzoñoso”.²³ En esta variante, la salsa de hongos no está envenenada cuando el camarero toma el plato. Sin embargo, él lo envenena antes de llevarle el plato al cliente hambriento. El cliente lo come y muere varios minutos después por la intoxicación.

Claramente, el camarero del segundo caso mata al cliente hambriento mediante una acción positiva, y no puede haber muchas dudas de que su conducta puso al cliente hambriento en peor situación. Nótese, sin embargo, que la característica más relevante del caso del camarero ponzoñoso no es la decisión del camarero de llevar el plato a la mesa del cliente hambriento, sino, antes bien, su decisión de envenenar los hongos. Con esto no se sugiere que el acto de poner el plato en la mesa sea irrelevante para valorar la reprochabilidad en el caso del camarero ponzoñoso. Tal vez ese acto aumente aun más su reprochabilidad. Sería razonable sostener que el camarero que envenena el plato y se lo sirve al cliente es más reprochable que el camarero que simplemente lo envenena pero no lo lleva a la mesa. Sin embargo, parecería extraño suponer que la conducta del camarero que no ha envenenado el plato pero lo lleva a la mesa sabiendo que está envenenado es igual de reprochable que la conducta del camarero que envenena el plato. Una vez más, parece que —dado que no es inconsecuente— el acto de servirle el plato al cliente hambriento es sólo una característica ligeramente relevante de la conducta del camarero tanto en el caso del camarero malvado como en el del camarero ponzoñoso.

También es útil comparar el caso del camarero malvado con el caso del médico que contribuye a la causación de la muerte de un paciente apretando el botón que interrumpe el soporte vital.²⁴ Este caso es interesante porque —al igual que en el caso del camarero malvado—

²¹ Ídem.

²² Ídem. La mayoría de los juristas del derecho penal europeo rechazan la conclusión de Jakobs. Ver, p. ej., ZAFFARONI ET AL., *supra* nota 10 en p. 476.

²³ Jakobs sólo analiza el caso del camarero malvado. No obstante, desarrollé las variaciones que se discuten en este ensayo para ayudar a mejor identificar las intuiciones morales que se disparan en el caso del camarero malvado.

²⁴ En *Actmissions*, sostuve que la finalización del soporte vital debía describirse como una “actomisión” que es más reprochable que negarse a prestar tratamiento médico pero menos reprochable que ayudar activamente al suicidio del paciente. Ver Chiesa, *supra* nota 4, en pp. 585–87.

un análisis superficial indica que el médico realizó una acción que resultó en la muerte del paciente. Al fin y al cabo, apretar el interruptor es un caso claro de movimiento corporal voluntario. Sin embargo, un análisis más cuidadoso demuestra que no es claro que la mejor descripción de la conducta del médico sea como acción. Tal vez es mejor describirla como una omisión de continuar brindando soporte vital. Resulta interesante que la mayoría de los tribunales y juristas están de acuerdo en que ésta es la mejor manera de describir los casos de soporte vital.²⁵ Como resultado, a los médicos generalmente se les permite interrumpir el soporte vital si cuentan con el consentimiento del paciente o de su familia.²⁶ Esto sólo puede justificarse en el derecho actual si se considera que apretar el botón que interrumpe el soporte vital es una omisión.²⁷ Realizar tal conducta sería contrario a la ley si aquélla se describiera como una acción, pues entonces equivaldría a un acto injustificado de eutanasia activa.²⁸ Dicho con otras palabras, el derecho vigente les permite a los médicos dejar morir a sus pacientes si cuentan con algún tipo de consentimiento, pero no les permite matarlos, independientemente de que cuenten con el consentimiento para hacerlo.²⁹ Cuando la conducta del médico es vista como una omisión de continuar con el tratamiento, el acto de apretar el interruptor pasa a un segundo plano. De manera similar, la acción del camarero malvado de llevar el plato a la mesa se torna en una característica moralmente irrelevante de la conducta si se centra la atención en la reprochabilidad de omitir hacer algo para evitar que el cliente hambriento muera intoxicado por la comida.

Este análisis demuestra que de ningún modo es obvio que la mejor descripción de la conducta del camarero malvado sea como una acción. Si bien se puede sostener que el camarero mató al cliente hambriento mediante una acción positiva, también se puede sostener razonablemente que la acción que realizó el camarero —llevar el plato a la mesa— apenas explica el alcance de su reprochabilidad. A fin de abarcar de manera completa su reprochabilidad, sería necesario ir más allá de lo que hizo y concentrarse en lo que omitió hacer. La acción del camarero —al igual que cuando el médico aprieta el interruptor— sólo es relevante en la medida en que se ubica en el contexto más amplio de lo que omitieron el camarero y el médico. La reprochabilidad de sus conductas sólo puede valorarse en su totalidad una vez que son entendidas no como un mero

²⁵ Ver, p. ej., *Barber v. Superior Court*, 147 Cal. App. 3d 1006, 1016 (Cal. Ct. App. 1983) (“la cesación de medidas ‘heroicas’ de soporte vital no es una acción positiva, sino antes bien una retirada o una omisión”).

²⁶ Ver, p. ej., *Cruzan v. Director, Missouri Dep’t of Health*, 497 U.S. 261, 285–88 (1990).

²⁷ Esta es una de las enseñanzas del caso *Barber*. Ver *Barber*, 147 Cal. App. 3d at 1017–18 (en donde se determinó que no hay deber de continuar con el soporte vital “cuando se ha probado que ya no es efectivo”).

²⁸ Ver, p. ej., *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 732–34 (1997).

²⁹ Ídem en p. 724–26 (en donde se discute *Cruzan*, 497 U.S. 261).

“llevar el plato a la mesa” o “apretar el interruptor”, sino como “omitir hacer algo para evitar la muerte del cliente” u “omitir continuar con el soporte vital”. Esto suena más a omisión que a acción.

B. El caso del camarero malvado como omisión

Tal como lo demuestra el caso del médico que interrumpe el soporte vital, el hecho de que se dé un movimiento corporal voluntario no es determinante para decidir si la conducta tiene que describirse como una acción o como una omisión. Algunos movimientos corporales voluntarios son simplemente irrelevantes (o sólo moderadamente relevantes) para valorar la reprochabilidad de la conducta del autor. P. ej, no describiríamos como delito de comisión la falta cometida por un autor que pasa un semáforo en rojo pisando el acelerador. En lugar de concentrarnos en el movimiento corporal voluntario de pisar el acelerador, deberíamos concentrarnos en la omisión del autor de frenar su vehículo cuando tenía que hacerlo.³⁰ Como resultado de ello, el movimiento corporal voluntario del autor pasa a un segundo plano y se considera que la esencia de su delito es lo que ha omitido hacer. Dicho con otras palabras, su reprochabilidad no surge de lo que hizo (pisar el acelerador), sino de lo que no hizo (omitir frenar ante el semáforo rojo). Por tanto, es razonable suponer que la reprochabilidad de la conducta del médico no surge de su acción de apretar el interruptor, sino antes bien de su omisión de continuar con el soporte vital.³¹ De manera similar, se podría sostener que la reprochabilidad de la conducta del camarero malvado no es el producto de haber llevado el plato a la mesa, sino de haber omitido hacer algo para evitar el daño del cliente hambriento.

1. La estructura del ilícito pasivo – El caso del camarero omitente

Lamentablemente, describir la conducta del camarero malvado como una omisión genera su propio conjunto de problemas. Dejando de lado, por el momento, el problema de ignorar que el camarero *sí* realizó un movimiento corporal voluntario que resultó en la muerte del cliente, hay

³⁰ Ver, p. ej., FLA. STAT. § 316.0083(1)(a) (2014) (“No puede labrarse un acta de infracción ni una multa de tránsito por omitir frenar ante un semáforo en rojo si el conductor está haciendo un giro a la derecha de manera cuidadosa y prudente...”) (énfasis agregado). Por tanto, las omisiones pueden definirse como la falta de realización de un movimiento corporal exigido por el derecho, antes que como la falta de una acción a secas.

³¹ En *Actmissions* sostengo que es errado ver estos casos como omisiones puras. Entendida correctamente, la conducta de interrumpir el soporte vital comparte características importantes tanto de acciones como de omisiones. Por ello, describo este curso de conducta como una “actomisión”. Ver Chiesa, *supra* nota 4, en pp. 583–87.

algo de este caso que lo hace intuitivamente diferente a las instancias de ilícito directamente omisivo. Esto puede entenderse mejor si se compara el caso del camarero malvado con un caso hipotético que llamaré el “caso del camarero omitente”.³² En esta variación del supuesto de hecho, el camarero que lleva el plato a la mesa no es consciente de que la salsa de hongos es venenosa. Cuando está a punto de servirle el plato al cliente, el camarero que está sirviendo la mesa de al lado —llamémoslo camarero 2— advierte que los hongos utilizados para la salsa son venenosos. Al igual que en el caso hipotético original, el camarero 2 pudo darse cuenta de que los hongos están envenenados sólo por el conocimiento especial que tiene debido a sus estudios científicos avanzados. El camarero 2 tiene suficiente tiempo como para decir algo que impida que el camarero le sirva el plato al cliente hambriento. No obstante, no dice nada. En consecuencia, se sirve el plato y el cliente hambriento lo come. Éste muere varios minutos después por intoxicación con hongos.

Es obvio que el camarero omitente sólo está vinculado con el daño que sufrió el cliente hambriento por su omisión de decir o hacer algo que impidiera el daño. Dado que el camarero omitente no envenenó la salsa de hongos y no estaba llevando el plato envenenado a la mesa, sólo estaría en falta por lo sucedido si su omisión de hacer algo para evitar el daño al cliente fuera considerada merecedora de condenación. Probablemente, la mayoría creería que su omisión es, de hecho, reprochable en la medida en que él hubiera sabido que la salsa de hongos estaba envenenada y que hubiera tenido suficiente tiempo como para hacer algo al respecto.³³ Este caso del camarero omitente constituye, por tanto, el caso paradigmático de conducta omisiva reprochable.

2. Análisis de la distinción entre ilícito pasivo y activo – Comparación entre los casos del camarero omitente y del ponzoñoso

A fin de valorar la reprochabilidad inherente en el caso del camarero omitente, resulta útil compararlo con el caso del camarero ponzoñoso, en el que el camarero actuó para envenenar el plato. Se puede decir, entonces, que el camarero ponzoñoso mató al cliente hambriento. Sin embargo, no se puede sostener que el camarero omitente haya matado al cliente hambriento

³² Jakobs inventó el caso original del camarero malvado; yo he inventado la variación del “camarero omitente” para destacar las diferencias entre el caso original de Jakobs y un caso de omisión pura.

³³ Es curioso que la conducta del caso del camarero omitente probablemente no es punible en la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses, pues en nuestro país las meras omisiones de salvamento en general no conducen a la responsabilidad penal. Ver Dressler, *supra* nota 3, en pp. 975–77.

cuando omitió decirle a él, o a la persona que llevaba el plato, que la salsa de hongos estaba envenenada. Lo que se puede decir es que el camarero permitió que el cliente hambriento muriera. Si bien dejar morir al cliente es seguramente merecedor de reproche, es significativamente menos reprochable que matarlo. La diferencia entre estos casos es tal que el camarero ponzoñoso probablemente sería condenado a una pena de prisión de más de diez años en la gran mayoría de las jurisdicciones estadounidenses,³⁴ mientras que el camarero omitente probablemente no recibiría ningún tipo de castigo en la mayoría de los estados.³⁵

Otra manera de analizar estos casos es valorar si la conducta de los camareros empeoró la situación de la víctima o si simplemente no la mejoró. En el caso del camarero ponzoñoso, la acción del camarero de envenenar la salsa de hongos claramente empeoró la situación del cliente hambriento. En este caso, el camarero alteró el curso esperado del acontecer. El plato que se le iba a servir al cliente no estaba envenenado, y fue sólo porque el camarero lo envenenó que el cliente hambriento terminó muriendo. En cambio, el camarero omitente no puso al cliente en peor situación que antes de que tuviera lugar la omisión. Nótese que el plato destinado a la mesa del cliente hambriento ya estaba envenenado antes de que el camarero se diera cuenta del peligro. Dado que la vida del cliente ya estaba en “zona de riesgo”,³⁶ el reproche al camarero, si acaso, surge de su omisión de mejorar la situación del cliente cuando decidió abstenerse de decir o hacer algo que alteraría el curso esperado del acontecer. En suma, la omisión del camarero omitente tuvo el efecto de dejar que el acontecer continuara su curso, mientras que la acción del camarero ponzoñoso tuvo el efecto de modificar el curso del acontecer de un modo que resultó en detrimento del bienestar del cliente hambriento.

3. Enseñanzas de comparar el caso del camarero malvado con los del camarero omitente y del ponzoñoso

Valorar con precisión la reprochabilidad de la conducta del camarero malvado exige que se tome en consideración su omisión de hacer o decir algo para evitar el daño al cliente. Esto suena como la terminología del ilícito pasivo. No obstante, parece incorrecto suponer que la acción del camarero de llevar el plato a la mesa es irrelevante para medir el alcance de su culpabilidad. Al

³⁴ Ver, p. ej., U.S. SENTENCING GUIDELINES MANUAL § 2A1.1–.5 (2011) (donde se delinean bases penales para los delitos de homicidio).

³⁵ Dressler, *supra* nota 3, en pp. 975–77.

³⁶ Palsgraf v. Long Island Railroad Co., 162 N.E. 99 (N.Y. 1928) (el entonces juez Benjamin Cardozo describió la “zona de riesgo” al analizar la causa próxima).

haberle servido personalmente al cliente el plato envenenado, el camarero malvado parece más involucrado con el destino del cliente hambriento que el camarero omitente, que observa pasivamente cómo otro le lleva el plato al cliente. Como resultado, la conducta del camarero malvado no es una de pura omisión.³⁷

Puede resultar útil observar esto desde el punto de vista del cliente hambriento y las pretensiones que tiene frente a sus servidores. La pretensión más fuerte del cliente seguramente sería contra el camarero ponzoñoso. En ese caso, la pretensión sería: “¡No envenenes mi comida!”. Esta es la pretensión más fuerte que uno puede formular. La pretensión del cliente contra el camarero omitente sería mucho más débil. El cliente no podría, desde luego, decirle al camarero: “No me envenenes”, pues el camarero simplemente no tuvo ningún rol en el proceso causal que condujo al envenenamiento de la comida. Por tanto, el cliente, a lo sumo, podría pretender que el camarero hiciera “*algo* para que no coma la salsa de hongos venenosos”.

Nótese que la pretensión del cliente en el caso del camarero ponzoñoso no interferiría de modo significativo en la libertad del camarero. No se le dice a éste qué tiene que hacer. Por el contrario, se le dice que puede hacer cualquier cosa *menos* el acto que complicará de modo significativo el bienestar del cliente. En consecuencia, hay razones de peso para permitirle al cliente esta pretensión. En cambio, la pretensión en el caso del camarero omitente interferiría de modo más significativo en la libertad del camarero. En esta instancia, no se le dice al camarero simplemente que debe abstenerse de hacer algo. Se le dice que *tiene que* hacer algo para mejorar el bienestar del cliente. Esto impone una carga considerable en la libertad del camarero, pues, *ceteris paribus*, es peor que a uno le pidan que haga algo que que a uno le digan que no puede hacer algo.³⁸ Por consiguiente, en el caso del camarero omitente hay razones de peso en contra de reconocerle al cliente un derecho a esta pretensión.

¿Qué clase de pretensión podría formular el cliente en el caso del camarero malvado? ¿Sería su pretensión más fuerte o más débil que las de los casos del camarero omitente y del ponzoñoso? El cliente puede formular dos pretensiones coherentes en el caso del camarero malvado. En primer lugar, puede decirle legítimamente: “No me sirvas el plato envenenado”. Esta pretensión es similar a la del caso del camarero ponzoñoso (“No me envenenes”), pues sólo le exige al

³⁷ Ver MODEL PENAL CODE § 2.01 (2)(d) (1962) (en donde se indica que un movimiento corporal no es un acto voluntario si “no es el producto del esfuerzo o la determinación del autor”); ver también MOORE, *supra* nota 8, en p. 78.

³⁸ Ver en general Quinn, *supra* nota 11, en pp. 289–98 (en donde se discute la diferencia entre “hacer” y “permitir”).

camarero abstenerse de hacer algo. En segundo lugar, el cliente puede pretender que el camarero “haga o diga algo para evitar que coma la salsa de hongos venenosos”. Esto suena más como la pretensión en el caso del camarero omitente (“Haz algo para que yo no me envenene”), dado que le exige al camarero que haga algo que no planeaba hacer.

Hay otra diferencia en las pretensiones que pueden formularse en los casos del camarero malvado y del ponzoñoso. Mientras que al camarero ponzoñoso sólo se le dice que se abstenga de hacer algo que ya de entrada no debería estar haciendo (envenenar platos), al camarero malvado se le dice que no debería hacer aquello para lo que se lo contrató —servir platos a los clientes del restaurante—. Decirle a una persona que haga algo diferente de aquello para lo que se la contrató a fin de evitar el daño de un tercero tal vez es más invasivo que simplemente exigirle que se abstenga de hacer algo que, para empezar, no debería estar haciendo.³⁹

Hay al menos una diferencia más, moralmente relevante, en los casos del camarero omitente y del camarero malvado. Exigirle al camarero omitente que evite la muerte del cliente hambriento es especialmente invasivo porque se le exigirá que acudiera en auxilio de alguien a quien no tiene que servir.⁴⁰ En algún sentido, exigirle que haga algo para ayudar a un cliente al que está atendiendo otro camarero ampliaría su responsabilidad más allá de lo que, de entrada, probablemente acordó hacer. A los camareros se les asignan mesas determinadas y ellos podrían hacer valer, con derecho, que no son responsables de lo que sucede en una mesa que no les fue asignada. Por el contrario, exigirle al camarero malvado que se abstenga de llevarle el plato al cliente hambriento implicaría exigirle que hiciera algo para evitar el daño de una persona a la que tiene que servir.⁴¹ La pretensión sería que el rol del camarero de “servir” a los clientes también incluye que se tome en consideración el bienestar de éstos. Por tanto, se podría sostener razonablemente que el camarero malvado tiene una relación especial con el cliente hambriento, que simplemente no existe en el caso del camarero omitente. El camarero malvado es responsable por el bienestar de los clientes a los que tiene que servir. En consecuencia, parece menos invasivo pedirle que haga algo para evitar el daño del cliente hambriento al que tiene que atender, que pedirle a otro camarero que haga algo para auxiliar a un cliente respecto del cual no tiene ningún deber de ayudar.

³⁹ Para Jakobs, ésta es una característica importante del caso del camarero malvado. Ver JAKOBS, *supra* nota 1, en p. 252.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ídem.

4. Conclusión preliminar – La conducta del camarero malvado no es una pura omisión

Hay varias razones para oponerse a la descripción de la conducta en el caso del camarero malvado como una mera omisión. En primer lugar, parece intuitivamente incorrecto afirmar que el camarero malvado sólo deja morir al cliente hambriento. Su acción de llevar el plato a la mesa y servírselo vincula el destino del cliente con la conducta del camarero de modo mucho más directo que lo que es usual en los casos de pura omisión. En segundo lugar, en casos de verdadera omisión —como el del camarero omitente— la pretensión de la víctima es que el autor haga algo para auxiliarla (p. ej., que diga algo que evite que él coma el plato). Sin embargo, esto no describe con precisión la pretensión del caso del camarero malvado. No es tan sólo un caso en el que se le pide al camarero que acuda en auxilio del cliente. En este caso, el cliente puede, con derecho, pedirle al camarero que se *abstenga* de realizar un curso de conducta que será dañino para el cliente (llevar el plato a la mesa). Esto se parece al tipo de pretensiones que las víctimas tienen contra los autores en casos de ilícito activo, como el del camarero ponzoñoso (“¡No envenenes el plato!”). Por último, la víctima en casos de omisión pura generalmente le pide al autor que haga algo que va más allá de lo que se espera que haga.⁴² Esta es la razón por la cual tales omisiones en general no son castigadas en las jurisdicciones estadounidenses. Si bien es obvio que es legítimo exigirle a la gente que se abstenga de causar daño a los demás, no es del todo claro que sea adecuado exigirle a la gente que acuda heroicamente en auxilio de otros.⁴³ Una vez más, el caso del camarero omitente es ilustrativo. El camarero en ese caso está en falta por no acudir en auxilio de alguien a quien no se espera que sirva o ayude. Dado que su mesa asignada es otra, el camarero omitente no es responsable, en última instancia, por el bienestar del cliente hambriento. El camarero malvado está en una situación diferente. Se le reprocha haber omitido impedir el daño de una persona a la que se esperaba que sirviera. En consecuencia, exigirle que haga algo para impedir el daño del cliente es menos invasivo que exigirle a un tercero no involucrado que acuda en auxilio del cliente.

C. El caso del camarero malvado como comisión por omisión

El derecho selecciona un grupo especial de omisiones que causan daño, que pueden dar lugar a responsabilidad como si el autor hubiera causado el daño por medio de una acción positiva.

⁴² Éste no es el caso si hay un deber especial de actuar. Ver *infra* punto II.C.

⁴³ Ver, p. ej., Quinn, *supra* nota 11, en pp. 307–08.

Según la terminología de George Fletcher, denominaré estos casos instancias de “comisión por omisión”,⁴⁴ dado que se puede responsabilizar al autor por un delito de comisión a pesar de que el daño ha sido ocasionado por una omisión. Para que un autor sea considerado responsable de un delito de comisión por omisión, su conducta tiene que cumplir tres requisitos. En primer lugar, tiene que omitir realizar un acto.⁴⁵ En segundo lugar, su omisión de actuar tiene que ser la causa física y próxima de un daño sufrido por la víctima.⁴⁶ En tercer lugar, tiene que tener un deber especial de actuar que lo vincule con la víctima de una manera particular.⁴⁷ El ejemplo paradigmático de delito de comisión por omisión es el del progenitor que causa la muerte de su hijo por omitir brindarle el cuidado médico adecuado.⁴⁸ En tales casos, el progenitor omite realizar un acto (brindarle al hijo el cuidado médico adecuado), el hijo muere como resultado de la omisión del progenitor de brindarle cuidado médico (requisito de causación), y el progenitor tiene un deber especial de cuidar del hijo, que lo vincula al bienestar del niño de una manera particular y muy rigurosa (requisito de deber especial). En consecuencia, la omisión del progenitor conduce a la responsabilidad por homicidio como si él hubiera matado al niño mediante una acción positiva.⁴⁹

Tal vez la conducta del camarero malvado se describa mejor como una instancia de comisión por omisión. Tal como se apuntó en la sección anterior, la conducta del camarero malvado puede describirse razonablemente como omitir hacer algo para impedir el daño del cliente.⁵⁰ Además, la omisión de actuar del camarero puede vincularse causalmente con la muerte del cliente al menos de dos maneras. En primer lugar, si el camarero hubiera hecho algo para hacerle saber al cliente que el plato estaba envenenado, probablemente el cliente no habría muerto. Por tanto, la conducta del camarero puede ser considerada como la causa física de la muerte del cliente o causa “si no fuera por la cual” el cliente no habría muerto. En segundo lugar, la muerte del cliente era una consecuencia razonablemente previsible de la omisión del camarero de decirle al cliente que

⁴⁴ En las jurisdicciones del derecho continental, en general se los llama casos de “comisión por omisión”. Ver, p. ej., GEORGE P. FLETCHER, *RETHINKING CRIMINAL LAW* 612 (1978).

⁴⁵ Ver, p. ej., MODEL PENAL CODE § 2.01(3)(a)–(b) (1962) (en donde se discuten los requisitos de la realización de un acto voluntario).

⁴⁶ Ver *idem* § 2.03(1)(a) (1962) (“La conducta es la causa de un resultado cuando... es un antecedente si no fuera por el cual el resultado en cuestión no habría ocurrido...”).

⁴⁷ Ver *idem* § 2.03(1)(b) (1962) (“La responsabilidad... no podrá basarse en una omisión sin una acción, a menos que... de otro modo la ley imponga un deber de realizar el acto omitido”).

⁴⁸ Ver, p. ej., *People v. Steinberg*, 595 N.E.2d 845, 846–47 (1992) (el progenitor que omitió brindarle a su hijo el cuidado médico fue hallado responsable de homicidio por omisión).

⁴⁹ Ver *idem* en p. 847.

⁵⁰ Ver *supra* punto II.B.3.

el plato estaba envenenado. Por consiguiente, la conducta del camarero también puede ser considerada como causa próxima de la muerte del cliente. Además, se puede sostener que el camarero tenía un deber especial de actuar para fomento del bienestar del cliente que se le había asignado.

Si se ve el caso del camarero malvado como una instancia de comisión por omisión, se puede explicar adecuadamente algunas de las diferencias entre este caso y el del camarero omitente. Es más razonable sostener que el camarero malvado tiene un deber especial de actuar para fomento del bienestar del cliente, que afirmar que el camarero omitente tiene un deber especial de evitar el daño del cliente. Tal como se apuntó en la sección anterior, al camarero malvado se le asignó servir la mesa del cliente hambriento, mientras que al camarero omitente no se le asignó esa mesa.⁵¹ Como resultado, es razonable concluir que el camarero malvado está más estrechamente vinculado con el cliente hambriento que el camarero omitente. Esto podría explicar la diferencia de reprochabilidad de la conducta de los camareros en estos dos casos. La conducta del camarero malvado es más reprochable que la del camarero omitente porque la conducta del primero infringe un deber especial de actuar que simplemente no existe en el segundo caso.

Tratar el caso del camarero malvado como un caso en que la muerte del cliente hambriento es el producto de comisión por omisión conduciría a castigar al camarero con la misma severidad que si hubiera matado al cliente mediante una acción positiva.⁵² Es decir, conduciría a castigar al camarero malvado igual que al camarero que envenena el plato y luego se lo sirve al cliente hambriento (el caso del camarero ponzoñoso). Esta explicación no calibra la reprochabilidad relativa de las conductas de los camareros en los diferentes casos.

Para entender por qué no parece correcto castigar al camarero malvado con la misma severidad que al camarero ponzoñoso, es necesario explicar por qué usualmente es correcto que las instancias de comisión por omisión sean castigadas con la misma rigurosidad que los casos en que se causa un daño mediante una acción positiva.⁵³ Como regla general, los autores que realizan acciones que producen daño son más reprochables que los autores que producen un daño mediante una omisión de actuar.⁵⁴ ¿Por qué, entonces, a veces castigamos las omisiones que

⁵¹ Ver *supra* punto II.B.3.

⁵² Ver, por ejemplo, § 2.01(3)(b), que equipara las omisiones que causan daño y que infringen un deber jurídico especial de actuar con las acciones que causan daño.

⁵³ Ver Dressler, *supra* nota 3, en pp. 975–77.

⁵⁴ Ídem en p. 975.

causan daño con la misma severidad que las acciones que producen daño? ¿Por qué castigamos a la madre que causa la muerte de su hijo mediante la omisión de brindarle cuidado médico adecuado con la misma severidad que a la madre que mata a su hijo envenenándole la comida?⁵⁵

La clave para resolver este acertijo es el plus de reprochabilidad que se vincula a la infracción del deber especial de actuar, que genera responsabilidad por el delito de comisión por omisión. La culpabilidad del autor en casos de comisión por omisión depende de dos factores. En primer lugar, la conducta es reprochable porque el autor ha omitido evitar el daño de la víctima. Esto, sin embargo, no es suficiente para justificar el castigo de la omisión de actuar del autor con la misma severidad que si él hubiera infligido el daño mediante una acción. A ello se suma que en casos de comisión por omisión la conducta del autor es reprochable por haber infringido un deber de actuar que lo hacía responsable de un modo especial por el bienestar de la víctima. Es en razón de la combinación de estos dos factores, omisión de evitar el daño e infracción de un deber especial de actuar, que en casos de comisión por omisión se castiga al autor con la misma severidad que al que causa un daño realizando una acción positiva.⁵⁶

Un problema usualmente ignorado, inherente a los casos de comisión por omisión, es determinar los deberes que dan lugar a responsabilidad por un crimen de comisión por omisión. Es tentador concluir que la infracción de cualquier deber de actuar puede dar lugar a responsabilidad por un crimen de comisión por omisión. Empero, una mirada más profunda revela que esto no puede ser así. Por ejemplo, piénsese en una ordenanza que impone a los propietarios el deber de quitar la nieve de las aceras que se encuentren directamente en frente de la propiedad.⁵⁷ ¿Es responsable el propietario que no quita la nieve de la acera por el homicidio de una persona que se resbala, cae en la acera y muere como consecuencia de la caída? Mientras que

⁵⁵ En general el derecho no distingue entre las diferentes maneras de matar, entonces es irrelevante que el niño muera como resultado de la intoxicación por la comida o de la omisión de recibir atención médica.

⁵⁶ El siguiente cuadro ilustra por qué y cuándo creo que está justificado que se castiguen las omisiones que causan daño de modo tan severo como las acciones que causan daño:

Conducta	Reprochabilidad	Culpa total
Matar (acción)	100	100
Dejar morir a una persona (omisión)	50	50
Quebrantar un deber especial (p. ej., la omisión del padre de proveer al niño de atención médica)	50	50
Dejar morir a una persona respecto de la cual se tiene un deber especial de proteger (comisión por omisión)	50+50	100

⁵⁷ Ver, p. ej., MICH. COMP. LAWS ANN. § 67.9 (West 2014).

la infracción de este deber podría dar lugar a responsabilidad civil por las lesiones que se produjeron como consecuencia de la omisión de quitar la nieve,⁵⁸ no está claro si la infracción también podría dar lugar a responsabilidad penal. Hay otros ejemplos. Los oficiales de policía obviamente tienen el deber de prevenir delitos. Pero un oficial de policía que presencia una agresión y no la impide, ¿es responsable solamente por incumplimiento de sus deberes de funcionario, un delito de pura omisión, o también es responsable por participación en la agresión?⁵⁹ De nuevo, no está claro que la última respuesta sea la correcta. El conserje de una escuela tiene un deber de quitar una cáscara de banana del pasillo de la escuela. Él ve la cáscara de banana pero no la quita porque está ocupado leyendo el diario. Un estudiante se resbala, cae, se golpea la cabeza en el piso y, como resultado, muere. ¿Es el conserje responsable por homicidio imprudente? De nuevo, la respuesta no es clara.⁶⁰

La solución correcta a estos casos no es clara porque no toda infracción de un deber necesariamente da lugar a responsabilidad por un delito de comisión por omisión. Usualmente se genera responsabilidad en virtud de comisión por omisión cuando el autor tiene un deber especial de proteger a una persona en particular, o a un grupo de personas, frente a distintos daños o si el autor realiza un acto positivo que crea el peligro que eventualmente causa daño a la víctima.⁶¹ A la primera clase de obligaciones la llamaré “deberes de proteger”, mientras que a la segunda clase la llamaré “deberes que surgen a partir de la creación de riesgos”. El deber de proteger es especial porque surge sólo si el autor tiene una obligación de cuidar del bienestar de un individuo en particular o de un grupo de individuos.⁶² No surge si la obligación se impone en favor del

⁵⁸ Pero véase *Gillen v. Martini*, 188 N.W.2d 43, 44 (Mich. Ct. App. 1971) (“[U]n propietario lindante no podrá ser considerado responsable por las lesiones de los transeúntes causadas por caídas en aceras que se han tornado peligrosas por la acumulación natural de hielo y nieve, y las leyes y ordenanzas que imponen un deber a los propietarios de limpiar las aceras no crean responsabilidad civil”).

⁵⁹ Ver, p. ej., *Pueblo v. Sustache Sustache*, 2009 TSPR 119 (P.R. 2009).

⁶⁰ Dependiendo de los hechos puntuales, el empleador del conserje podría ser pasible de responsabilidad civil por la omisión de actuar. Ver, p. ej., *Moore v. Winn-Dixie Stores, Inc.*, 173 So. 2d 603, 608 (Miss, 1965) (donde se sostuvo que en casos en los que el conserje no quita la cáscara de banana del piso, un jurado razonable podría considerar que el empleador del conserje es responsable respecto de un demandante que se lesionó al resbalarse con esa cáscara de banana). Pero, de nuevo, no está claro si podría derivarse responsabilidad penal de tales hechos.

⁶¹ Fletcher, *supra* nota 44, en pp. 661-24.

⁶² Ver, p. ej., Peter Lopez, Comment, *Foreseeable Zone of Risk: An Analysis of Florida's Off-Premises Liability Standard*, 55 U. MIAMI L. REV. 397, 404 (2001) (donde se discute cuándo un propietario podría tener el deber de proteger a sus invitados incluso en momentos en los que ellos no se encuentran en la propiedad).

bienestar general de los ciudadanos.⁶³ Por tanto, las pocas leyes que establecen “deberes de auxilio” que han sido promulgadas en los Estados Unidos no crean deberes especiales que puedan dar lugar a responsabilidad por un delito de comisión por omisión. El deber que imponen tales leyes es un deber general de auxilio y no se centra en un individuo en particular o en un grupo particular de personas.⁶⁴ Ejemplos obvios de deberes de protección son los deberes que tienen los padres respecto de sus hijos,⁶⁵ los cónyuges entre sí,⁶⁶ los guardavidas respecto de los bañistas⁶⁷ y los guardaespaldas respecto de la persona que los ha contratado para protección. El ejemplo paradigmático de un deber que surge a partir de la creación de riesgos es el del conductor que choca otro vehículo.⁶⁸ En tales casos, el conductor debe detenerse y ayudar a los pasajeros del vehículo que chocó.⁶⁹ La falta de realización de tal auxilio, entonces, daría lugar a responsabilidad por las lesiones sufridas por los pasajeros.⁷⁰

Los casos señalados precedentemente que involucraban ordenanzas sobre remoción de nieve, funcionarios policiales que no impiden delitos y conserjes descuidados que no mantienen limpio el lugar son problemáticos porque, a pesar de que los autores ciertamente infringieron un deber de actuar, parecería que el deber que infringieron no es de la clase de deber que generalmente da lugar a responsabilidad en virtud de comisión por omisión. Más específicamente, en el caso de las leyes sobre remoción de nieve, los propietarios no realizan actos positivos que creen un riesgo de

⁶³ Ver, p. ej., ídem en p. 413, n.º 118 (con cita de Ferreira v. Strack, 636 A.2d 682, 686 [R.I. 1994]). (“[N]o existe un deber de proteger a un individuo de lesiones generadas por un tercero en un terreno respecto del cual el propietario no tiene un derecho de propiedad, posesión o control”).

⁶⁴ Esta, por supuesto, es la solución correcta, dado que las leyes que establecen deberes de auxilio pretenden imponer responsabilidad en casos en los cuales sería incorrecto imponer responsabilidad en virtud de comisión por omisión.

⁶⁵ Ver, p. ej., People v. Steinberg, 595 N.E.2d 845, 846–47 (1992).

⁶⁶ Esto es quizá un deber moral más que un deber jurídico. Ver, p. ej., Guevara v. State, 191 S.W.3d 203, 207 (Tex. App. 2005) (“[A] pesar de que los cónyuges y otros familiares podrían tener un deber *moral* de cuidar uno de otro, de esto no se deriva que de la relación familiar surja un deber *jurídico* de evitar daños” [énfasis añadido]).

⁶⁷ Ver, p. ej., Gonzales v. City of San Diego, 182 Cal. Rptr. 73, 76 (Cal. Ct. App. 1982) (en donde se sostiene que cuando la ciudad provee voluntariamente de guardavidas, asume voluntariamente un deber de protección respecto de los miembros de la ciudadanía y que la ciudad entonces puede ser considerada responsable por actos negligentes cometidos por sus guardavidas).

⁶⁸ Nótese que la creación del riesgo debe ser la consecuencia de una acción. El deber no surge si el riesgo es creado por “omisión”, dado que entonces en estos casos no habría nada para distinguir la omisión que genera un daño de la omisión que genera un riesgo. Serían el mismo supuesto.

⁶⁹ Ver, p. ej., FLA. STAT. § 316.027(2)(a) (2014) (“El conductor de un vehículo que fue parte de una colisión en un lugar público o privado, en la que resultó herida una persona, salvo en casos de grave lesión corporal, deberá detener inmediatamente el vehículo en el lugar de la colisión, o lo más cerca posible, y deberá permanecer en el lugar de la colisión...”).

⁷⁰ State v. Mancuso, 652 So. 2d 370, 371 (Fla. 1995) (en donde se sostuvo que abandonar el lugar del accidente cuando el imputado debía haber sabido que tuvo lugar una lesión da lugar a responsabilidad penal).

daño; por el contrario, el riesgo de que alguien se resbale en el hielo y la nieve que se han acumulado se crea por medio de la omisión de barrer la acera.⁷¹ Además, el propietario no tiene un deber de proteger a una persona en particular o a un grupo de personas. En cambio, la ordenanza impone un deber de proteger a la generalidad.⁷² Como tal, parecería más cercano al deber general de las leyes sobre deberes de auxilio que a las leyes que imponen deberes que dan lugar a responsabilidad en virtud de comisión por omisión. En sentido similar, los funcionarios policiales tienen un deber general de ayudar a la población, pero no asumen por regla deberes de ayudar a individuos o grupos de personas en particular.⁷³ Por supuesto que existen circunstancias en las cuales un funcionario policial podría asumir el deber de proteger individuos particulares o grupos de personas particulares. La infracción a esta clase de deber podría dar lugar a responsabilidad por un crimen de comisión por omisión. Por último, a pesar de que el conserje de la escuela podría tener un deber de mantener limpio el lugar, ciertamente no tiene un deber de proteger a los estudiantes de lesiones corporales. Además, parecería que el conserje tiene un deber frente a su empleador, a la administración de la escuela, y no directamente frente a los estudiantes. Por tanto, sería extraño que la infracción de su deber de mantener limpia la escuela pudiese ser suficiente para dar lugar a responsabilidad por un delito de comisión por omisión.

La discusión de estos casos resalta los problemas inherentes a la descripción del caso del camarero como una forma de comisión por omisión. En primer lugar, no está claro si el camarero en este caso tiene un deber frente al cliente del establecimiento. Quizá lo mejor sea suponer que los camareros —así como los conserjes de una escuela— tienen un deber frente a su empleador (en este caso, el restaurante). El vínculo entre camarero y cliente es, por tanto, indirecto. El camarero tiene un deber frente al restaurante, que, a su vez, tiene un deber frente al cliente. En segundo lugar, incluso si se supusiera que el camarero tiene un deber directamente frente al cliente, es dudoso que sea un deber de salvamento. De existir, el deber del camarero frente al cliente es el de atender la mesa, pero no el de garantizarle el bienestar físico.

⁷¹ Ver, p. ej., Gillen v. Martini, 188 N.W.2d 43, 44 (Mich. Ct. App. 1971) (en donde se determinó que no hay responsabilidad cuando el peligro creado se debe a la acumulación *natural* de hielo y nieve, pero se destacó que se le podría atribuir responsabilidad a un propietario que creó un peligro *artificial* en la acera).

⁷² Ver, p. ej., MICH. COMP. LAWS ANN. § 67.9 (West 2014).

⁷³ Michael Pawlik, *El Funcionario Policial Como Garante de Impedir Delitos*, InDret: Revista Para el Análisis del Derecho, enero 2008, en pp. 3-5. Disponible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/77888/101743> (quien concluye que la omisión de un funcionario policial en su deber es igual a la comisión activa del delito porque el Estado, como una “institución”, tiene el deber de proteger a sus ciudadanos).

La relación entre camarero y cliente es, por tanto, muy diferente de la relación entre padre e hijo. Mientras que los padres tienen un deber de acudir en auxilio de sus hijos en caso de ser necesario,⁷⁴ los camareros no tienen tal deber respecto de sus clientes. Un camarero no tiene por qué, por ejemplo, realizar maniobras de Heimlich a un cliente que se atraganta con su comida. Sería, por supuesto, moralmente reprochable que el camarero no hiciera algo si su cliente se estuviera ahogando, pero esto no generaría responsabilidad penal. Incluso si surgiera alguna clase de responsabilidad, con seguridad no sería responsabilidad en virtud de un homicidio por comisión por omisión. La razón es intuitivamente obvia, aun cuando no sea fácil de explicar. La reprochabilidad moral de los camareros que no acuden al salvamento de sus clientes simplemente no es tan alta como la de los padres que no acuden al salvamento de sus hijos o como la de los guardavidas que no acuden al salvamento de los bañistas que se están ahogando.

Más arriba afirmé que una diferencia importante entre el caso del camarero malvado y el del camarero omitente consiste en que el camarero del primer caso tiene un deber más fuerte frente al cliente hambriento que el camarero del segundo caso. Esto toma en consideración que el camarero malvado se le ha asignado servir la mesa del cliente hambriento, mientras que el camarero omitente no está asignado a esa mesa. Esto podría tener cierta relevancia para los deberes que se les imponen a los dos camareros. Desde el punto de vista del cliente, él obviamente pensará que puede exigirle más al camarero asignado a su mesa que a otros camareros. De todos modos, tal como lo han relevado los casos discutidos en esta sección, parecería que los camareros no tienen un deber de acudir al salvamento de los clientes. Esto rige con independencia de si el camarero ha sido asignado a atender una mesa particular, o no. En otras palabras, su deber no se extiende a garantizar el bienestar físico del cliente. Por tanto, cualquiera que sea el deber de los camareros respecto de los clientes, en estos casos no es lo suficientemente fuerte como para justificar la imposición de responsabilidad por homicidio sobre la base de una comisión por omisión.

Ahora considérese una última variación del caso del camarero malvado. Supóngase que el camarero asignado a la mesa del cliente hambriento está ocupado retirando comida de otra mesa. Mientras tanto, otro camarero decide llevarle el plato al cliente hambriento. A pesar de que el camarero sabe que no se le ha asignado la mesa del cliente hambriento, piensa que puede darle una mano a su colega que se encuentra, en ese momento, extremadamente ocupado. Mientras esto sucede, el camarero asignado a la mesa del cliente advierte que su colega está poniendo el plato

⁷⁴ Ver, p. ej., *People v. Steinberg*, 595 N.E.2d 845, 846-47 (1992).

ante el cliente hambriento. También nota que el plato está envenenado. El camarero asignado a atender al cliente hambriento no hace nada y el cliente hambriento muere. ¿Es responsable por homicidio el camarero asignado a atender al cliente hambriento? Una vez más, parecería que no lo es. El hecho de que estuviese asignado a atender al cliente hambriento parecería no hacer diferencia, dado que en última instancia lo que resulta determinante es el alcance del deber del camarero respecto del cliente. Y simplemente parecería que los camareros no tienen un deber de salvar clientes que necesitan ayuda.⁷⁵ Por tanto, hay buenas razones para rechazar la descripción del caso del camarero malvado (y el resto de los casos de camareros malvados) como una forma de comisión por omisión.

D. El caso del camarero malvado como actomisión

1. El caso del camarero malvado no presenta una conducta puramente activa o pasiva

El caso del camarero malvado es problemático. Es tentador describir la conducta del camarero malvado como una acción. Después de todo, él toma el plato y lo coloca ante el cliente hambriento. Esto nominalmente satisface la definición de una acción, dado que representa un movimiento corporal voluntario.⁷⁶ No está claro, sin embargo, si el acto de llevar el plato a la mesa es una característica jurídica y moralmente relevante de la conducta. Puede argumentarse que lo realmente reprochable en este caso no es el acto de llevar el plato a la mesa, sino en cambio la omisión del camarero de decir o hacer algo que pudiese evitar que el cliente comiera el plato. De ser así, la conducta del camarero estaría mejor descrita como una omisión. Su culpa residiría, entonces, en la omisión de realizar algo que pudiese evitar la muerte del cliente.

Describir la conducta del camarero malvado como una omisión también es problemático. Las omisiones ilícitas son menos reprochables que las acciones ilícitas porque las omisiones no mejoran la situación de la víctima, mientras que las acciones empeoran la situación de la víctima. El problema es que la conducta del camarero malvado no consiste tan sólo en no mejorar la

⁷⁵ Cf. *Boller v. Robert W. Woodruff Arts Ctr., Inc.*, 716 S.E.2d 713, 716 (Ga. Ct. App. 2011) (en donde se sostuvo que el propietario de un local no tenía el deber de proveer atención médica a un cliente del concierto que sufrió un ataque cardíaco porque el propietario del local no causó el paro cardíaco del demandante); *Rasnick v. Krishna Hospitality, Inc.*, 690 S.E.2d 670, 673–75 (Ga. Ct. App. 2010) (donde se sostuvo que el encargado de una posada no tenía el deber de salvar al huésped que sufría una enfermedad grave).

⁷⁶ Ver *supra* nota 37.

situación del cliente. Por cierto, el cliente habría estado en una mejor situación si el camarero hubiese hecho algo para evitar que él comiera el plato. Sin embargo, también podría argumentarse que la situación del cliente empeoró por la decisión del camarero de servirle el plato. El movimiento corporal voluntario del camarero no es del todo irrelevante para evaluar la reprochabilidad por la muerte del cliente.

2. La conducta del camarero malvado como una “actomisión” que es tanto activa como pasiva de modo moralmente relevante

Claramente se necesita comenzar de nuevo. Si no es apropiado considerar el caso del camarero malvado como una acción, y también es problemático considerarlo como un caso de omisión, ¿cómo debemos proceder? He dicho que la razón por la cual es dificultoso el análisis de la reprochabilidad del camarero malvado reside en que su conducta tiene características importantes *tanto* de las acciones *como* de las omisiones. Por un lado, el camarero realiza un movimiento corporal voluntario que está causalmente vinculado al daño que eventualmente sufre el cliente hambriento. Llevar el plato a la mesa y servirlo al cliente es claramente una acción. Y esta acción no carece por completo de relevancia moral. No obstante, describir la conducta del camarero malvado simplemente como una acción no explica toda su reprochabilidad. Ésta también se ve afectada por su conocimiento de que el plato estaba envenenado y su omisión de hacer algo al respecto. Esto suena como la terminología de la omisión. El alcance completo de la reprochabilidad del camarero no puede determinarse hasta que se toma en consideración esta omisión de actuar.⁷⁷

En consecuencia, un análisis completo de la reprochabilidad del camarero malvado requiere la referencia tanto a la acción de servirle el plato al cliente hambriento como a la omisión del camarero de decir o hacer algo para evitar que el cliente hambriento coma la salsa de hongos venenosos. La conducta del camarero es, en otras palabras, tanto activa como pasiva. No obstante, no es puramente una acción ni puramente una omisión. Es, ante la ausencia de una mejor palabra, una *actomisión*.

⁷⁷ Ver Chiesa, *supra* nota 4, en p. 614 (“[L]a distinción acción/omisión es moralmente relevante porque en general es peor llevar a cabo una conducta que empeora la situación de otra persona que llevar a cabo una conducta que simplemente no la mejora”).

Se desprenden dos consecuencias prácticas de entender la conducta del camarero como una actomisión. En primer lugar, debería ser considerada más reprochable que una conducta puramente omisiva. En segundo lugar, la conducta del camarero debería ser considerada menos reprochable que una conducta puramente activa.⁷⁸ En términos de responsabilidad penal y castigo, el camarero debería ser castigado de un modo más severo que alguien que sólo deja morir a la víctima por medio de una omisión pura. Sin embargo, debería ser castigado de un modo menos severo que alguien que mata activamente a la víctima por medio de una acción pura.

Distincuir entre acciones, omisiones y actomisiones nos permite entender de un modo más acabado las diferencias entre el caso del camarero malvado y los casos del camarero ponzoñoso y del camarero omitente. La mayoría encuentra intuitivamente obvio que el camarero ponzoñoso es más merecedor de reproche que el camarero malvado y que el omitente.⁷⁹ El camarero que envenena la salsa de hongos merece más reproche que quien se da cuenta de que la salsa de hongos está envenenada y lleva de todos modos el plato a la mesa del cliente hambriento. La conducta del camarero que envenena el plato también merece, obviamente, un mayor reproche que la del camarero que simplemente deja que otro camarero lleve el plato envenenado a la mesa del cliente. Asimismo, la mayoría cree que la conducta del camarero que merece menos reproche es la del camarero omitente.⁸⁰ Observar cómo otra persona lleva un plato envenenado a la mesa del cliente y no hacer nada parece intuitivamente menos reprochable que cuando uno mismo envenena el plato. También parecería ser menos reprochable que cuando uno no envenena el plato pero lo lleva a la mesa. No sorprende que sea más difícil entender el caso del camarero malvado. La intuición indica que este caso es más reprochable que simplemente observar cómo otro le sirve el plato al cliente (como el camarero omitente), pero menos reprochable que envenenar el plato (como el camarero ponzoñoso).

La intuición indicaría que las actomisiones son más reprochables que las omisiones pero menos que las acciones —y esa intuición probablemente está justificada—. Como se explicó previamente, las acciones son reprochables porque empeoran la situación de la víctima. En el caso del camarero ponzoñoso, por ejemplo, envenenar el plato empeoró las perspectivas del cliente

⁷⁸ Ver *idem* en p. 596 (en donde se discute la reprochabilidad de un médico que desconecta el soporte vital en contextos de actomisiones).

⁷⁹ He discutido estos tres casos con una gran cantidad de personas. Algunas eran profesores de derecho penal, otras eran parte del cuerpo académico, otras eran amigos con distintos trasfondos. La gran mayoría cree que la conducta más reprochable es la de envenenar el plato y luego servirlo al cliente.

⁸⁰ Esta conclusión también es casi unánime entre aquellos que he encuestado de manera anónima.

hambriento. Por el contrario, la reprochabilidad de la conducta del camarero omitente consiste en no haber mejorado la situación del cliente por no auxiliarlo. Pero las actomisiones son reprochables porque —como las omisiones— no mejoran la situación de la víctima y —como las acciones— empeoran la situación de la víctima. Las actomisiones hacen ambas cosas.

Las actomisiones, al igual que las acciones, ponen a la víctima en una peor situación que antes del movimiento corporal voluntario relevante que causa daño.⁸¹ El cliente está en una peor situación cuando el camarero le sirve el plato que cuando el plato está apoyado en la encimera de la cocina. No obstante, en algún sentido las actomisiones no empeoran la situación de la víctima, porque no ponen en marcha un curso del acontecer que probablemente causará un daño a la víctima.⁸² “Esto es lo que diferencia las actomisiones de las acciones [puras]. Las acciones ponen en marcha cursos del acontecer que probablemente causarán un daño a la víctima”.⁸³ En cambio, las actomisiones simplemente dejan que el acontecer propenso a causar daño siga su curso.

Esto da lugar a otra cuestión. Si las actomisiones —como las omisiones— no crean el riesgo que conduce a un daño para la víctima, ¿qué es lo que las torna más reprochables que las omisiones de actuar?⁸⁴ Las actomisiones son distintas porque —a diferencia de las omisiones— *aceleran* la culminación de un curso del acontecer que ya estaba en marcha cuando se produjo la actomisión. Esto es lo que pasa en el caso del camarero malvado. El cliente probablemente iba a morir de envenenamiento con independencia de la conducta del camarero malvado. Si éste no le hubiese servido el plato al cliente hambriento, probablemente otro camarero lo habría hecho. Dado que el curso del acontecer que estaba destinado a causarle daño a la víctima —envenenar el plato y colocarlo donde lo tomaría un camarero— ya estaba en marcha antes de la conducta del camarero malvado, hay una sensación de que lo que hace el camarero es simplemente dejar que se despliegue el acontecer. Sin embargo, la actomisión del camarero hace algo más que meramente dejar que el acontecer siga su curso. Ésta *acelera* la realización de la lesión que probablemente

⁸¹ Ver Chiesa, *supra* nota 4, en p. 596 (donde se sostiene que las actomisiones son como acciones en el sentido de que crean un *nuevo* riesgo “que no existía inmediatamente antes del movimiento corporal voluntario que causa daño... Sin embargo, las actomisiones... no crean un riesgo diferente respecto del riesgo que comprometió el bienestar de la víctima en un primer momento”).

⁸² Ver *ídem* (por ejemplo, “interrumpir el soporte vital simplemente somete a la víctima al mismo riesgo al que ya estaba sometida con anterioridad a recibir tratamiento médico”. Esto significa que “la vida del paciente se ve afectada por su enfermedad, no por negarle la continuación del tratamiento”).

⁸³ *Ídem*.

⁸⁴ He realizado la misma pregunta, y también la he contestado, en mi trabajo anterior, *Actmissions*. Ver *ídem*, en p. 597.

habría tenido lugar de todos modos. Y esto es más reprochable que el mero dejar que el daño se produzca en su debido momento.⁸⁵

Esta es la clase especial de daño que se produce por medio de la actomisión del camarero malvado. Dado que la actomisión del camarero malvado (llevar el plato a la mesa) aceleró la realización del daño al cliente, él debería ser castigado de un modo más severo que el autor del caso del camarero omitente, quien simplemente permite que el cliente sufra un daño. En cambio, dado que la actomisión del camarero malvado no puso en marcha un curso del acontecer que probablemente causaría un daño al cliente, él debería ser castigado en menor medida que el camarero ponzoñoso, quien era responsable por la creación del riesgo de daño para la víctima.

El siguiente cuadro resume las características que definen a las actomisiones y explica por qué el caso del camarero malvado despliega la estructura arquetípica de lo que llamo “actomisiones”:

CUADRO 1: ACTOMISIONES⁸⁶

Requisito	Comentarios	Ilustración
1. “[Un] acontecer propenso a causar un daño puesto en marcha por alguien o algo distinto al autor.”	El autor no crea el peligro que amenaza a la víctima	El plato es envenenado antes de que el camarero lo toque
2. “[E]l autor debe encontrarse en una posición en la que puede hacer algo para evitar que se produzca el acontecer y cause un daño a la víctima.”	Condición que genera un deber de salvamento	El camarero puede evitar el daño al cliente si no le sirve el plato

⁸⁵ En *Actmissions* también he sostenido que algunas actomisiones son reprochables porque aceleran la realización de la lesión que probablemente se habría materializado de todos modos, mientras que otras actomisiones son reprochables porque ponen nuevamente a la víctima en una zona de peligro de la que estaba protegida. Ídem. Esto es lo que sucede cuando un médico interrumpe el soporte vital. Al no continuar con el soporte vital, el médico coloca nuevamente a la víctima frente a una condición en la cual su vida nuevamente estará en peligro. Además, el médico está colocando de nuevo a la víctima en la misma condición en la que estaba antes de que fuese tomada la decisión de conectarla al soporte vital. Esta clase de actomisión presenta un curso de conducta que, por tanto, puede ser descrito como un salvamento abandonado. La víctima está temporalmente más segura porque está protegida por el autor, quien luego decide hacer algo que da lugar a un salvamento abandonado. Al hacerlo, el autor una vez más coloca a la víctima frente al riesgo de sufrir la clase de lesión respecto de la cual el autor la estaba protegiendo. Ídem.

⁸⁶ El cuadro 1 está pensado como una herramienta ilustrativa y fue creado por el autor a partir de su trabajo previo, *Actmissions*. Ver ídem en p. 598.

3. “[E] autor omite hacer algo para evitar el daño a la víctima.”	Omisión de realizar el salvamento	El camarero omite salvar al cliente cuando le sirve el plato (similar a una omisión)
4. “[L]a omisión del autor de hacer algo para evitar el daño a la víctima tiene que consistir en un movimiento corporal voluntario”	Acción que no mejora la situación de la víctima, en vez de colocarla en una peor situación	Servirle el plato al cliente es un movimiento corporal voluntario (similar a una acción)
5. “[E]l movimiento corporal voluntario o bien acelera la realización de la lesión que probablemente habría tenido lugar de todos modos, o bien vuelve a colocar a la víctima en una zona de peligro respecto de la cual el autor la había blindado”	El daño distintivo de las actomisiones tiene un contenido de ilícito mayor que las acciones dañosas pero mayor que las omisiones dañosas	Servirle el plato al cliente acelera la realización de su probable muerte (actomisión)

III. Enseñanzas del caso del camarero malvado: La distinción acción/omisión requiere una revisión

A. ¿Debe reemplazarse la distinción acción/omisión por una escala gradual para la conducta humana?

Un análisis del caso del camarero malvado revela que hay algunos cursos de conducta que comparten características moralmente relevantes tanto de acciones como de omisiones. ¿Es el caso del camarero malvado simplemente una anomalía, o revela un problema más profundo que debe reflejar el derecho penal? Me inclino por la segunda respuesta. La existencia de actomisiones nos obliga a considerar seriamente si la distinción acción/omisión debería ser reemplazada por una escala gradual que admita una miríada de cursos de conducta que se encuentran en algún lugar entre las acciones puras y las omisiones puras.

El derecho penal estadounidense actualmente aborda las conductas humanas como un “todo o nada”. La lesión que es relevante para el derecho penal (p. ej., la muerte de una persona) puede ser producida tanto por acción (apuñalar a una persona) como por omisión (no emprender el salvamento de una persona que está ahogándose). Si la lesión se causa por acción, el imputado es

responsable con independencia de si tenía un deber respecto de la víctima.⁸⁷ La presencia de una acción que causa una lesión, por tanto, elimina la pregunta por el deber. En cambio, si la lesión se lleva a cabo por una omisión, hay responsabilidad solamente si el imputado tenía un deber especial de actuar.⁸⁸ Las omisiones, por tanto, generan preguntas sobre el deber que no se presentan cuando la lesión se causa activamente. Las acciones y las omisiones funcionan como un “todo o nada” porque la lesión se lleva a cabo o bien activa o bien pasivamente y, combinadas, estas dos posibilidades agotan las formas de comisión de delitos penales.⁸⁹

La existencia de “actomisiones” que comparten características moralmente relevantes tanto de acciones como de omisiones pone en tela de juicio la naturaleza de “todo o nada” de la distinción acción/omisión. Si hay cursos de conducta que no son activos ni omisivos, entonces la distinción acción/omisión no agota las diferentes formas de cometer delitos penales. Reconocer la existencia de cursos de acción que se encuentran en algún punto entre las conductas activas y las pasivas abre la puerta al argumento de que la dicotomía rígida entre acción y omisión debe ser reemplazada por una escala gradual para la conducta que va desde la completamente pasiva hasta la completamente activa. De acuerdo con este enfoque, quien debe tomar la decisión sobre un caso no debe estar forzado a decidir si la conducta es *solamente* una acción o una omisión. En cambio, debe tener en consideración una serie de factores que le otorgan discrecionalidad para decidir en qué punto entre estos dos extremos cae la conducta. Entre los factores que puede considerar quien debe tomar la decisión podrían incluirse que el autor haya ejecutado un movimiento corporal voluntario, que la conducta haya creado un nuevo riesgo de daño o que meramente haya permitido la materialización de un riesgo ya existente, que la conducta haya acelerado la realización de un daño que probablemente habría tenido lugar de todos modos, y la fuerza de la conexión causal entre la conducta del autor y el daño de la víctima. Después de ponderar estos

⁸⁷ Ver, p. ej., MODEL PENAL CODE § 2.01(1) (1962).

⁸⁸ Ver, p. ej., ídem, § 2.01(3)(b).

⁸⁹ Ver, p. ej., ídem, § 2.01(1). (no puede cometerse una infracción a menos que “esté basada en una conducta que incluye una acción voluntaria o una omisión de realizar una acción”). En cierto sentido, las normas que actualmente adopta el derecho penal al clasificar la conducta humana funcionan como “reglas”. Una regla es una norma que se aplica de forma “todo o nada”. Ver de modo general, Ronald M. Dworkin, *The Model of Rules*, 35 U. Chi. L. Rev. 14, 25 (1967). Cuando se aplica una regla, su resultado está determinado. Ídem. Las normas de derecho penal relativas a la conducta humana funcionan en su mayor parte como reglas porque la conducta tiene que ser clasificada como una acción o como una omisión, y si la conducta es descripta como una o la otra esto generalmente determinará si la fiscalía tiene que acreditar que el imputado tenía un deber jurídico de actuar. En consecuencia, la descripción de la conducta como una acción o como una omisión es, con frecuencia, determinante para el resultado.

elementos, el juez tendría discreción para determinar en qué punto de la escala gradual entre ilicitud activa y pasiva cae la conducta.⁹⁰

El enfoque de la escala gradual captura mejor la complejidad de nuestro universo moral. Piénsese, por ejemplo, en las clases de conducta que el filósofo Michael Moore ha llamado “doble evitación”.⁹¹ La doble evitación consiste en cursos de conducta en los cuales una persona realiza una acción que impide que otra persona evite el daño de otra persona.⁹² Supóngase que Juan usa fuerza física para retener a María, quien estaba por salvar a un niño a punto de ahogarse.⁹³ Nadie salva al niño que está ahogándose, quien termina muriendo. En este caso, Juan realiza una acción (retener físicamente a María) que impide que María evite la muerte del niño que está ahogándose. ¿Mató Juan al niño que estaba ahogándose o simplemente lo dejó morir? Por un lado, Juan realizó un movimiento corporal voluntario (retener a María) que es relevante para explicar por qué el niño se ahogó. Esto suena como la terminología de las acciones y, por tanto, apoya la conclusión de que Juan “mató” al niño. Por otro lado, la acción de Juan simplemente permitió que el niño se ahogase. Esto suena a una omisión y, en consecuencia, habla en favor de concluir que Juan sólo dejó morir al niño.

Yo considero que la mayoría intuye que producir un daño por medio de una doble evitación es menos reprochable que causarlo activamente, pero que es más merecedor de condenación que dejar pasivamente que se produzca la lesión. Esto es, Juan merece más reproche por impedir que María evite que el niño se ahogue (doble evitación) que por simplemente dejar que el niño se ahogue sin evitar que otra persona lo salve (omisión). Sin embargo, Juan merece menos reproche por impedir que María salve al niño que está a punto de ahogarse (doble evitación) que por ahogar al niño (acción). Si esto fuese correcto, la escala gradual para reprochabilidad en estos casos luciría del siguiente modo:

⁹⁰ Las normas que se crean para implementar un enfoque de escala móvil de conducta humana se parecerían más a “estándares” que a “reglas”. Un estándar es una norma que no se aplica en forma de “todo o nada”. Los estándares le dan a quien debe tomar la decisión una discrecionalidad para decidir el caso sobre la base de un número de factores que deben ponderarse. La forma en que se estructura la ponderación puede variar según quién deba decidir el caso y, por tanto, al aplicar un estándar el resultado no está determinado de la misma manera en que sí lo está al aplicar una regla. Ver de modo general Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA L. REV. 379, 389-90 (1985).

⁹¹ Ver MICHAEL S. MOORE, CAUSATION AND RESPONSIBILITY: AN ESSAY IN LAW, MORALS AND METAPHYSICS, 569-60 (2009)

⁹² Ídem.

⁹³ Moore analiza los casos de “doble evitación” de modo general. Yo he creado este caso hipotético a los fines de explicar el concepto.

Reprochabilidad máxima: Juan ahoga al niño (acción).

Reprochabilidad intermedia: Juan impide que María evite la muerte del niño que está a punto de ahogarse (doble evitación)

Reprochabilidad mínima: Juan deja que el niño se ahogue pero no evita que otra persona intente salvarlo (omisión)

El enfoque de “todo o nada” característico del derecho penal respecto de la conducta humana también se ve socavado por casos que comparten la estructura del famoso ejemplo del violinista de Judith Jarvis Thomson. Tal como Jarvis Thomson describe el caso,

[t]e despiertas en la mañana y te encuentras en una cama espalda a espalda con un violinista inconsciente. Un famoso violinista inconsciente. A él se le ha diagnosticado una enfermedad mortal en los riñones, y la Sociedad de Amantes de la Música ha sondeado todos los registros médicos disponibles y ha determinado que sólo tú tienes el tipo de sangre necesario para ayudarlo. En consecuencia, te han secuestrado y anoche conectaron el sistema circulatorio del violinista con el tuyo, de modo que tus riñones pueden utilizarse para extraer tóxicos de su sangre, así como de la tuya... Desconectarte significaría matarlo... [Pero en nueve meses] él se habrá recuperado de su enfermedad, y podrá desconectarse sin peligro para ti.⁹⁴

Mientras que Jarvis Thomson invoca el experimento mental de preguntarse si moralmente está permitido que la persona se desconecte del violinista,⁹⁵ yo creo que el caso da lugar a una pregunta distinta —aunque interrelacionada—. Si la persona se desconecta del violinista, ¿lo ha matado o simplemente lo ha dejado morir? Por un lado, la persona ha realizado un movimiento corporal voluntario que incidió causalmente en la muerte del violinista (desconectarse de su cuerpo). Esta descripción de los hechos suena a una acción y, consecuentemente, a “matar” al violinista. Por otro lado, por medio de la desconexión, la persona ha permitido que el violinista muera como resultado de su enfermedad y, por tanto, lo ha dejado morir. Esto suena más a una conducta pasiva.

⁹⁴ Thomson, *supra* nota 6, en pp. 48-49.

⁹⁵ Jarvis Thomson cree que *está* permitido desconectarse del violinista. Ídem en pp. 61-62.

Una vez más, considero que desconectarse del violinista es más merecedor de condenación que meramente negarse a la conexión en un primer momento. En cambio, sostengo que desconectarse del violinista es menos reprochable que matar al violinista activamente por medio de, por ejemplo, una inyección con veneno. A su vez, postulo que es extraño describir la conducta en este experimento mental como puramente activa o puramente omisiva. A los fines de captar por completo la complejidad moral de este patrón de conductas, es necesario tener en cuenta tanto la acción de desconectarse *como* la forma en que la acción podría construirse como una omisión de proveer soporte vital. Una vez que las características activas y pasivas de la conducta reciben un tratamiento correcto, puede observarse la totalidad de la reprochabilidad de la conducta:

Reprochabilidad máxima: Inyectar veneno al violinista (acción)

Reprochabilidad intermedia: Desconectarse del violinista (tanto acción como omisión).

Reprochabilidad mínima: Rechazar conectarse con el violinista (omisión)

Si bien puede concederse que el caso del violinista es un ejemplo extravagante, es similar — tal como argumenta Jarvis Thomson — a otros casos de importante significado práctico. De acuerdo con Jarvis Thomson, desconectarse del violinista es similar a abortar un feto.⁹⁶ Si bien no se trata de casos idénticos, son similares porque el aborto implica la realización de una conducta activa que podría ser construida como una omisión de continuar con la provisión de soporte vital al feto.⁹⁷ Analizar al aborto como un curso de conducta que comparte características moralmente relevantes tanto de acciones como de omisiones podría explicar por qué matar a un feto es menos reprochable que matar a un niño ya nacido, incluso si se asume que el feto es igual a un niño en términos de personalidad.⁹⁸ El acto de abortar al feto es menos reprochable que el de matar al

⁹⁶ *Ídem* en pp. 48-49.

⁹⁷ Ver, p. ej., SHERRY F. COLB, MIND IF I ORDER THE CHEESEBURGER? AND OTHER QUESTIONS PEOPLE ASK VEGANS 87-91 (2013) (quien postula un escenario hipotético donde un embrión en desarrollo y un feto pueden ser colocados en una incubadora hasta la semana veinticuatro del embarazo y contempla las opciones morales que se presentarían al final de la semana veinticuatro).

⁹⁸ No tomo posición aquí respecto de si el feto debe ser considerado una “persona”. Incluso si se asume que el feto es una persona, aquí sostengo que matar a un feto no es un caso de ilicitud activa pura, sino una “actomisión” que consiste en la realización de un movimiento corporal voluntario que da lugar a una omisión de continuar la provisión de soporte vital. Como tal, el aborto comparte características moralmente relevantes tanto de acciones como de omisiones. Esto sólo es suficiente para concluir que abortar un feto es, *ceteris paribus*, menos reprochable que matar a un niño nacido.

niño porque el primero puede ser plausiblemente construido como una omisión de continuar la provisión de soporte vital, mientras que en el segundo caso esta alternativa no es posible. Si bien tanto abortar al feto como matar al niño implican la realización de una conducta activa, el significado completo de un aborto sólo puede comprenderse cuando se lo coloca en el contexto amplio de las omisiones. El feto muere porque la madre ya no desea proveerle soporte vital. Esta ausencia de provisión de soporte vital es una omisión.

Con algunas excepciones, la mayor parte de los académicos no logran comprender la naturaleza (parcialmente) omisiva de los abortos. Este error poco feliz refleja la omnipresencia del enfoque “todo o nada” en lo referente a la conducta humana. El enfoque estándar puede caracterizarse de la siguiente manera: o bien la madre mató al feto o bien lo dejó morir. Dado que el aborto sólo puede realizarse por medio de un movimiento corporal voluntario, abortar a un feto es lo mismo que matar activamente al feto. Pero no es necesario encasillar la conducta de la madre como una conducta completamente activa y, por tanto, altamente reprochable, o bien como completamente pasiva, sin un grado de reprochabilidad particularmente alto. Si el enfoque actual de “todo o nada” fuese reemplazado por un enfoque más flexible de escala gradual, simplemente podría concluirse que abortar a un feto no es tan reprochable como matar a una persona, pero es más reprochable que omitir el salvamento de una persona. Este nuevo encuadre del intrincado problema del aborto es digno de discusión.

Mientras que el enfoque de la escala gradual para la conducta humana describe de un modo más rico y preciso nuestras intuiciones morales respecto de una amplia gama de conductas, es difícil de implementar jurídicamente. La adopción de un enfoque de escala gradual es poco práctica porque los jueces no están en condiciones de decidir si un caso particular cae dentro de un continuo que ocupa el espacio entre conductas completamente activas y completamente pasivas. Además, incluso si quien debe tomar la decisión estuviese en condiciones de realizar tales determinaciones, reemplazar la clara distinción acción/omisión por una más indeterminada escala gradual para conductas humanas podría generar más problemas que los que puede resolver. Podría dar lugar, por ejemplo, a que se trataran casos similares de modo distinto según cómo ponderase cada juez los factores en pugna. Asimismo, la adopción de un enfoque de escala gradual podría ser insuficiente en lo que se refiere al requisito de advertencia previa, dado que la persona podría argumentar razonablemente que la lista sávana de factores que los jueces tendrían en

consideración al determinar cómo clasificar la conducta no provee a los individuos de un aviso justo *ex ante* respecto de cómo tratarán los tribunales su conducta.⁹⁹

B. Una propuesta más modesta: hacia una distinción tripartita entre acción/omisión/actomisión

A pesar de que el enfoque de la escala gradual para la conducta humana provee un mejor marco para captar en su totalidad la complejidad moral del caso del camarero malvado, el ejemplo del violinista y los casos de doble evitación, hay buenas razones pragmáticas que se manifiestan en contra del reemplazo de la distinción acción/omisión por el enfoque menos definido de la escala gradual. Las consideraciones de advertencia previa hablan en favor de una mayor precisión al momento de definir el requisito de conducta humana que la que puede ofrecer el enfoque de la escala gradual. Además, los jueces seguramente necesitan más direccionamiento que el que provee el enfoque de la escala gradual. No obstante, todavía hay buenas razones para abandonar la distinción acción/omisión. Como demuestra el caso del camarero malvado y el resto de los casos discutidos en el punto II de este ensayo, la distinción acción/omisión simplemente no explica toda la reprochabilidad inherente a un número no despreciable de escenarios.

Pero si el enfoque de la escala gradual es demasiado indefinido como para justificar su adopción y la dicotomía acción/omisión demasiado simplista, ¿hay acaso un punto intermedio atractivo? Yo creo que lo hay. La distinción acción/omisión debería ser reemplazada por una distinción tripartita entre acción/omisión/actomisión. El reconocimiento de las actomisiones como un curso de conducta diferente a las acciones y a las omisiones explica mejor casos como el ejemplo del violinista, el del camarero malvado y los supuestos de doble evitación, sin sacrificar demasiada precisión, como sí lo requeriría el enfoque de la escala gradual. Tal como expliqué en el punto I, un curso de conducta cuenta como una actomisión cuando un movimiento corporal voluntario da lugar a una omisión de salvamento. Esto es lo que sucede en el caso del camarero malvado, porque él realiza un movimiento corporal voluntario (servirle el plato al cliente) que da lugar a una omisión de salvamento del cliente. Los casos de doble evitación presentan una estructura similar. Cuando Juan retiene a María, él realiza un movimiento corporal voluntario que

⁹⁹ Ver *supra* nota 7. Ver también *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156, 162 (1972) (donde se cita *United States v. Harriss*, 347 U.S. 612 [1954]) (allí se afirma que una ley no satisface el requisito constitucional de advertencia previa y es nula por vaguedad cuando “no le otorga un aviso justo a una persona de inteligencia común de que la conducta que contempla realizar está prohibida por la ley,” y porque alienta arrestos y condenas arbitrarias y erráticas”).

da lugar a una omisión de salvamento del niño a punto de ahogarse. Por último, el aborto significa una omisión de continuar la provisión de soporte vital al feto, que tiene lugar por medio de un movimiento corporal voluntario.

Tal como he señalado previamente, estas actomisiones son más reprochables que las omisiones puras pero menos merecedoras de condenación que las acciones puras.¹⁰⁰ Servirle el plato al cliente es más reprochable que simplemente omitir el rescate del cliente pero menos ilícito que envenenarlo. La conducta de Juan de retener a María merece más reproche que la simple omisión de hacer algo para salvar al niño que está a punto de ahogarse, pero es menos reprochable que ahogar activamente al niño. Por último, abortar a un feto es un acto menos merecedor de condenación que matar a un niño nacido, aunque merecedor de una mayor condenación que la simple omisión de salvamento del niño. La descripción de estos cursos de conducta como actomisiones calibra de un modo más adecuado la reprochabilidad que debería asignarse en cada uno de esos casos que la descripción de estos modelos de conducta como acciones u omisiones. Además, la definición de las actomisiones que se provee en este artículo es lo suficientemente específica como para satisfacer los requisitos constitucionales de advertencia previa.¹⁰¹ A su vez, esto nos brinda buenas razones para reemplazar la distinción acción/omisión por una distinción tripartita entre acción/omisión/actomisión.

IV. Conclusión

El caso del camarero malvado y otros casos que comparten una estructura similar exponen un importante defecto del derecho penal estadounidense: la distinción acción/omisión no puede explicar de modo acabado la reprochabilidad de estos escenarios. A los fines de captar toda su complejidad moral, es necesario considerar que presentan cursos de conducta que comparten características relevantes tanto de las acciones como de las omisiones. Si estos casos no presentan conductas ni activas ni omisivas, sería tentador apartarse de la distinción rígida acción/omisión y adoptar una escala gradual más flexible de conducta humana. Una revisión tan radical del derecho penal es, no obstante, desaconsejable. El reemplazo de la distinción acción/omisión por una indeterminada escala gradual que permita que los jueces coloquen distintos cursos de conducta en

¹⁰⁰ Ver *supra* notas 7-85 y el texto acompañante; ver también Chiesa, *supra* nota 4, en p. 606 (“Recuérdese que las actomisiones son más reprochables que las omisiones puras pero menos merecedoras de condenación que las acciones positivas desplegadas en su totalidad”).

¹⁰¹ Ver *supra* notas 7, 99.

algún lugar entre el espectro que va desde una acción desplegada por completo y la omisión pura seguramente no cumpliría su función de proveer la especificidad que requiere el requisito de advertencia previa. Esto no significa, sin embargo, que el derecho penal deba mantener la distinción acción/omisión. Existe una posición intermedia más atractiva que explica de modo más acabado los casos como el del camarero malvado sin ser insuficiente en cuanto a los requisitos de advertencia previa. El derecho penal estadounidense debería reconocer las "actomisiones" como una categoría de conducta diferente. Tales actomisiones deberían castigarse de modo más severo que las omisiones puras, pero menos severo que las conductas activas puras.