

Evolución de la dogmática penal del delito de omisión y su proyección actual en el Código Penal argentino*

Por Santiago M. Irisarri

1. Introducción

La punición del delito omisivo ha sido históricamente un problema que ha aquejado a los doctrinarios del derecho penal.

El castigar al individuo que no realiza ningún tipo de comportamiento visible, es lo que motivó diversos pensamientos que hasta la actualidad no han podido unificarse.

El objetivo del presente trabajo es desarrollar un estudio del delito omisivo desde diversos puntos de vista.

Primeramente se realizará un breve esbozo de la evolución dogmática que ha tenido la teoría del delito a lo largo de la historia, pues es imprescindible entender –por lo menos sucintamente– la base de la sistemática delictual para poder luego analizar las particularidades del delito omisivo.

Luego, se estudiará la omisión propiamente dicha, en contraposición al concepto de comisión. Se intentará hacer hincapié en las diferentes teorías que han abordado el tema y se tratará la relación de causalidad entre omisión y resultado.

Finalmente el trabajo buscará determinar si las conclusiones dogmáticas de la primera parte son correspondientes con nuestro derecho positivo.

2. La dogmática penal: evolución de la teoría del delito

Para los autores clásicos el delito constituía un “ente jurídico”, conceptualizado como “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”¹. El punto fundamental de la definición, esbozada por Carrara, está en entenderlo como una *infracción de la ley del Estado* en contraposición con los criterios de derecho natural según los cuales *una acción es criminosa o no en virtud a un orden superior a la voluntad de los legisladores humanos y que éstos no la pueden derogar*.

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, tr. J. Ortega Torres y J. Guillermo, Bogotá, Temis, 1972, vol. I, p. 45: “La idea general del delito es la de una violación (o abandono) de la ley, porque ningún acto del hombre puede serle reprochado, si una ley no lo prohíbe. Un acto se convierte en delito sólo cuando choca con la ley; puede un acto ser dañoso, puede ser malvado, puede ser malvado y dañoso; pero si la ley no lo prohíbe, no es dado reprocharlo como delito a quien lo ejecuta. Mas siendo varias las leyes que dirigen al hombre, ante esta idea general el vicio (que es el abandono de la ley moral) y el pecado (que es la violación de la ley divina) se confundirían con el delito”.

Es importante entender que el delito no es definido como una *acción*, sino como una *infracción*, pues su concepción no parte del hecho material, sino de la confrontación entre éste y la ley².

A fines del siglo XIX y principios del XX, las obras de Von Liszt³ y Beling dieron nacimiento a lo que histórica y modernamente se ha conocido como la *teoría del delito*. Si bien ambos toman como punto de partida las elaboraciones del pensamiento que se venían dando en su época, ellos han otorgado reconocida validez a sus criterios y han elaborado un sistema que sirve para la comprensión, estudio e interpretación del delito.

El concepto clásico de delito, propiciado por estos autores, se caracteriza por una estructura delictual sistemáticamente determinada y de sencilla comprensión. La acción, entendida con un criterio puramente naturalista, consistía en un movimiento corporal voluntario que modificaba el mundo exterior. El delito era entendido como una realidad científicamente observable y estudiada sistemáticamente.

La debilidad de esta teoría se encuentra en *la omisión*, pues no existe tal movimiento corporal que modifique el mundo exterior. Por tal problema es que Von Liszt, con el correr de los años, pasó a considerar a la omisión, no ya como un comportamiento corporal, sino más bien espiritual en aras a la *conducta esperada* por el ordenamiento jurídico. Con tal criterio se comienza a dejar de lado el viejo concepto naturalista de acción para dar paso, ligeramente, al normativismo.

La insuficiencia de la teoría clásica provocó el nacimiento de un nuevo movimiento que vino a dar nuevas significaciones al estudio dogmático: el normativismo.

La Escuela Sudoccidental⁴ alzó bandera sosteniendo que el injusto penal no podría prescindir de *valoraciones*, lo que generó abruptos cambios en toda la sistemática delictual. Incluso la propia omisión dejó de ser explicada causídicamente con criterios puramente objetivos, para entenderla según criterios valorativos por parte del intérprete.

El injusto penal, clásicamente entendido como manifestación exterior u objetiva de la realización de la acción, pasó a consagrar la existencia de elementos normati-

² Frank objeta la definición dada por el profesor pisano refiriendo que al definir al delito como una infracción de la ley sancionada, se llega a admitir que aun una acción eminentemente malvada y nociva pueda no ser delito en el Estado en que ninguna ley lo prohíba; y que, en cambio, una acción inocentísima se convierte en delito por el capricho de un legislador bárbaro al que le vino en gana declararla como tal. Lo dicho motivó la réplica de Carrara, manifestando que si el legislador, al dictar sus prohibiciones, conculca estos preceptos, comete un abuso de poder, y su ley es injusta y que al definir el delito como violación de la ley promulgada se da por supuesto que esta ley ha sido dictada de acuerdo con la suprema ley natural jurídica. La concepción de los clásicos impregnaba un ius-naturalismo, que junto a criterios positivistas dotaron de seguridad al sistema jurídico y consiguientemente al Estado de derecho.

³ La obra de Von Liszt adopta una corriente filosófica encasillada dentro del *neokantismo*, reflejada en las ciencias penales como la Escuela de Marburgo; en clara contraposición con el *neokantismo* propiciado por la Escuela de Baden o alemán sudoccidental.

⁴ Esta Escuela tuvo como principales exponentes a Mayer y Radbruch quienes distinguen las ciencias naturales de las ciencias culturales o del espíritu –las cuales posibilitaban realizar una valoración sobre los hechos de la naturaleza–. Así se abandona la visión positivista, dando lugar a consideraciones axiológicas, valorativas y normativas. Mientras en las ciencias de la naturaleza el método es empírico y mediante la observación; en las ciencias del espíritu el método es comprensivo y se requiere una valoración.

vos y subjetivos⁵. En el mismo orden, y a partir de las enseñanzas de Frank, se descubre incluso que la culpabilidad también contiene elementos normativos que se reflejan en el *juicio de reproche*⁶.

Ya durante los años 30, a partir de las enseñanzas de Welzel, cambia el paradigma del derecho penal e incluso de la correspondiente labor legislativa⁷.

La aparición de las *estructuras lógico-objetivas* dio paso al *ontologismo* por el cual la definición de acción dejó de ser *interpretada* para ser definida por sí misma en base a su *finalidad*.

Estas estructuras, fundamentalmente reflejadas en la acción final, previenen la actividad del legislador y posibilitan construir la teoría del delito sobre la naturaleza de las cosas. La estructura final de la acción vincula al legislador en razón a que las normas jurídicas no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino comportamientos dirigidos por la voluntad. La previsión de la causalidad, producto de conocimientos nomológicos en base a la experiencia, es lo que le permite al ser humano dirigir su actividad conforme a metas determinadas: sólo la acción humana es vidente, a diferencia de los restantes procesos naturales que actúan ciegamente⁸.

El finalismo de Welzel se abrió paso en la dogmática penal obteniendo un gran número de adeptos en todo el mundo, incluso modernamente.

⁵ Mayer determinó la existencia de tales elementos a partir de conceptos tales como *ánimo de lucro*, *ánimo de injuriar*, *cosa ajena*, *mujer honesta*, etc., rompiendo la divergencia de criterios objetivos y subjetivos propiciada por la teoría clásica. En tal sentido, el tipo deja de ser un elemento indiciario de la antijuridicidad –*ratio cognoscendi*– para ser portador de lo injusto –*ratio essendi*–. La antigua y tajante distinción entre lo típico y lo antijurídico queda de lado para dar paso a un entendimiento sistemático donde ambos elementos se encuentran íntimamente relacionados. Incluso, aplicando extensivamente la *teoría de los elementos negativos del tipo* –originalmente ubicada en la culpabilidad para tratar el error de prohibición– se propuso la unificación entre tipicidad y antijuridicidad, entendiendo que las causales de justificación eliminaban, no ya la antijuridicidad, sino la tipicidad de la conducta.

⁶ El dolo y la culpa dejaron de formar parte de la culpabilidad para ser considerados elementos del injusto penal. La culpabilidad se transforma en un juicio de reproche al autor por la realización de una conducta antijurídica, cuando le era posible la realización de otra conducta conforme a derecho. Se da relevancia al juicio valorativo que se hace sobre la conducta desarrollada en la situación particular por el sujeto.

⁷ El régimen nacionalsocialista puso en jaque al positivismo jurídico: el nazismo violentó las bases del derecho penal, transformándolo en un derecho penal de autor. El normativismo que nació como crítica al causalismo, en el fondo, no logró más que complementarlo tutelando el positivismo reinante en la época nazi que tanto daño hizo al derecho penal.

⁸ Welzel, Hans, *Teoría de la acción finalista*, Bs. As., Depalma, 1951, p. 19: “La finalidad o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es vidente, la causalidad es ciega”.

A partir de los años setenta se reabre el debate sistemático a partir del surgimiento del *funcionalismo*, donde Roxin⁹ –catedrático de Munich– asignó a la teoría del delito su funcionalidad a consideraciones de política criminal, donde la pena deviene de criterios de culpabilidad –en sentido opuesto a la “culpabilidad” retributiva de Kant–, facultando incluso a los organismos jurisdiccionales a no castigar a aquellas personas que, según pautas de prevención especial, no fuera necesario¹⁰.

La obra de Roxin tiene como principal componente a la teoría de la *imputación objetiva*, cuyo nacimiento mayoritariamente se le atribuye a las enseñanzas de Lorenz y sus discípulos, consagrando criterios de *imputación* para determinar la relación entre conducta y resultado.

La teoría funcionalista motivó un cambio notable en la sistemática delictual: se consideró que el injusto penal no podía ser caracterizado mediante categorías de causalidad o finalidad, ya que la existencia de delitos culposos u omisivos necesariamente deben ser explicados según reglas de imputación en base a parámetros jurídicos. La acción dejó de ser entendida como una estructura ontológica para ser considerada una *manifestación de la personalidad* o como *comportamiento*, y la relación de causalidad se complementó con reglas imputativas en base a *la creación o aumento de un riesgo jurídicamente no permitido*; a su vez, la culpabilidad pasó a ser entendida como *responsabilidad*, pues si bien la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad, siempre deben existir exigencias preventivo-especiales que la requieran y preventivo-generales que la permitan¹¹.

La breve reseña histórica dogmática que he marcado en los párrafos que anteceden, es de absoluta relevancia para el entendimiento que cada autor ha otorgado al delito de omisión.

3. Distinción entre acción y omisión

Originalmente, la Escuela Clásica definió a la omisión como un “no hacer nada”. Beling, creador en el año 1906 de la teoría del tipo penal, afirmó que la omisión consistía en una inactividad corporal voluntaria a partir de la contención de los nervios motores. Esta definición, según la cual la omisión carece de todo elemento valorativo, se encasilla dentro de las corrientes denominadas *intransitivas*.

Con este pensamiento la omisión se refleja, en notable oposición a las bases del propio sistema clásico, en la faz subjetiva del individuo pues no existe exteriori-

⁹ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tr. de la 2ª ed. alemana, Madrid, Civitas, 1997, t. I.

¹⁰ Jakobs, dentro de la vertiente funcionalista pero diferenciándose netamente de Roxin, elaboró su teoría radical en base al *funcionalismo sistémico* de Luhmann. Cada comunidad está estrictamente estructurada, y cada individuo desarrolla un rol social determinado. La pena, tiene como única finalidad ratificar la vigencia de la norma. Curiosamente, este discípulo de Welzel, modifica abruptamente los postulados de su maestro, entendiendo que el legislador no se encuentra ligado a datos prejurídicos, sino que los conceptos nacen del propio legislador en base a sus necesidades del derecho.

¹¹ Roxin, Claus, *Dogmática penal y política criminal*, tr. M. A. Abanto Vásquez, Lima, IDEMSA, 1998, p. 34: “la categoría delictiva que sigue al injusto tiene que hacer objeto del juicio –naturalmente sin perder la vinculación a la ley–, junto a la culpabilidad, también a la exigibilidad preventiva de sanción y resumir ambos elementos bajo el concepto de responsabilidad”.

zación de la voluntad que se pueda materializar en el mundo real –fáctico–, sino mediante un análisis de la psiquis del sujeto omitente.

Con el correr del tiempo dicha problemática causídica motivó a Von Liszt a modificar su definición de *acción*, dejando de lado la “producción de una modificación en el mundo exterior”, por un concepto según el cual la acción es la “*causación o no evitación de una modificación del mundo exterior mediante una conducta voluntaria*”¹².

En realidad, Von Liszt, encasillado en una corriente *transitiva*, entiende que la omisión es un “no hacer algo”, a diferencia de la corriente *intransitiva* de Beling que entendía a la omisión como un mero “no hacer nada”.

Tal punto no es menor ya que Beling, y en forma similar Baumann, derivaban el estudio de ese “algo” al tipo penal¹³; por el contrario, Von Liszt fundamentaba su teoría en base a un concepto de acción en sentido amplio que incluía tanto el hacer positivo como el negativo. Incluso, ya con el advenimiento de las corrientes neokantianas, Von Liszt deja de considerar a la omisión como un “no hacer algo” para entenderla como un “*no hacer algo esperado*”. Aquí, y en razón a criterios valorativos, es cuando toma principal trascendencia la defraudación de una expectativa socialmente relevante por parte del omitente.

El normativismo, principalmente a partir de las enseñanzas de Mezger y tomando como base criterios valorativos, refiere que la omisión es un “no hacer algo” fundamentado en la “acción esperada”. La diferencia entre *hecho comisivo* y *hecho omisivo* no estriba en una cuestión de hechos, sino normativa, determinando que la *omisión* es causal respecto de un resultado concreto, si ese “algo” lo hubiera impedido. La “teoría de la acción esperada” consagra que tanto en el delito de comisión como en el de omisión la causalidad se explica mediante un proceso intelectual hipotético¹⁴.

¹² Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal*, tr. de la 20ª ed. alemana L. Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, 1927, t. 2, p. 303: “El concepto de omisión supone: que el resultado producido hubiera sido evitado por el acto, que, a pesar de ser posible para el autor y esperado por nosotros, fue omitido por éste; por consiguiente, en este concepto se da una característica análoga a la causalidad de la acción, si bien no es la causalidad misma”.

¹³ Baumann, Jürgen, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, Bs. As., Depalma, 1973, p. 138: “Quien intenta descubrir otros puntos de contacto entre acción y omisión y utilizarlos para el concepto de acción, no sólo pierde el concepto general común, sino que también arriesga abordar prematuramente problemas de tipicidad y antijuridicidad. Esto sucede sobre todo si se considera que un punto común de referencia entre acción y omisión consiste en hacer y omitir ‘algo’ (Mezger y la doctrina dominante). A la omisión esperada en la acción positiva corresponde, por cierto, la acción positiva esperada en la omisión: del homicida, espero que se abstenga del hachazo y de la madre que alimenta a su hijo. Pero estas consideraciones no van más lejos. Como sucede en la acción positiva, también en la omisión, al preguntarse qué se espera del autor, se pone sobre el tapete la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta. En uno y otro caso, la totalidad de las normas jurídicas dice cuál es la conducta que el orden jurídico ‘espera’ del autor. Así como la acción positiva espera una omisión, del mismo modo la omisión no existe únicamente cuando la norma jurídica exige una acción positiva”.

¹⁴ Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, tr de la 6ª ed. alemana de 1955 C. A. Finzi, Bs. As., Din, p. 103: “Una cosa es, ante todo, digna de tomarse en cuenta en el campo el derecho penal en estas dos formas de acción en sentido amplio: el que realiza una actividad positiva (hecho de comisión), hace siempre ‘algo’. Pero también el que en el sentido del derecho penal omite algo (hecho de omisión), no es que no haga ‘nada’, sino que ‘no hace algo’. No se habría

Por su parte Radbruch, consagró como requisito de la omisión la *posibilidad física* de realizar ese *algo* propio de la concepción transitiva a la cual adhería¹⁵. Tal *posibilidad de realización* es un elemento indispensable y de prácticamente unánime adhesión en la doctrina, con excepción de Baumann quien remite el análisis a la antijuridicidad¹⁶. Radbruch también negó la posibilidad de asemejar el concepto de acción al de omisión, en razón a que “A” y “no A” son términos contradictorios que no pueden ser abarcados por un supraconcepto que los emparente.

Con el *ontologismo* de Welzel, más específicamente con la *teoría de la acción final*, surgen criterios de pensamiento que dará nueva explicación al delito de omisión¹⁷; pero es verdaderamente la obra de Kaufmann la que genera un abrupto cambio interpretativo. Se determinó que la conducta omisiva no es final ni dolosa, y se elaboró un sistema de análisis invirtiendo –mediante el *principio de inversión*– las estructuras del delito comisivo.

Explica Kaufmann que no hay nexo de causalidad entre omisión y resultado, pues no existe modificación fáctica en el mundo real. En virtud a que la voluntad final de realización consiste precisamente en manejar, dominar, imputar y dirigir los factores causales, entendió que la omisión no podía vislumbrar una finalidad pura, sino potencial; por ello es que sostiene que la omisión guarda tanto una causalidad como una finalidad potencial y, por tal motivo, un *cuasi-dolo*¹⁸.

producido tantas discusiones inútiles a propósito de la teoría del delito de omisión, si se hubiera tomado suficientemente en cuenta el principio de referencia, vale decir, si se hubiera aclarado que detrás de todo hecho jurídico-penal de omisión se halla una ‘acción esperada’ (en sentido estricto), que es decisiva”.

¹⁵ Sobre la *posibilidad física de actuación* se deberá plantear la cuestión respecto a cual será la exigencia de actuación: la del hombre *normal* o la del individuo *concreto*. Al respecto se esbozan dos criterios, uno *general* y otro *individual* de la posibilidad. Los partidarios del primero entienden que si el *hombre normal* o *medio* hubiera podido realizar la acción, entonces la misma será exigible por más que en el caso particular el agente no poseía las capacidades físicas para realizarla; por el contrario, los adeptos al segundo criterio de pensamiento consideran que el caso deberá ser analizado según las potestades físicas particulares del omitente en el caso determinado.

¹⁶ Baumann, Jürgen, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, Bs. As., Depalma, 1973, p. 148: “la antijuridicidad de la omisión propia o impropia desaparece en caso de imposibilidad de actuar (en cambio, según la doctrina dominante, no hay omisión o exclusión del tipo)”.

¹⁷ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, tr. J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, 3ª ed., Jurídica de Chile, p. 276, en relación a la omisión: “Desde un punto de vista ontológico, la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción. Acción y omisión se comportan en tal sentido como A y no A... La omisión, eso sí, está referida necesariamente a una acción: no existe una omisión ‘en sí’, sino sólo la omisión de una acción determinada. Por lo tanto, la omisión no es un mero concepto negativo, sino uno ‘limitativo’: es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona). Omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una acción determinada. Sólo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida”.

¹⁸ Kaufmann, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, tr. de la 2ª ed. alemana –Gotinga, 1980– J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 84: “la dirección final efectiva no es esencial para la omisión y ni siquiera es posible en ella...a la omisión le falta la causalidad humana, que el capaz de acción no es causal de su actuar. Y es que donde falta el nexo causal tampoco puede haber dirección final. La estructura final se basa en la causalidad; aquella categoría ontológica no es concebible sin ésta. El modo de operar la voluntad final de realización consiste precisamente en manejar, dominar, imputar y dirigir los factores causales”.

Clarificando: la actividad final consiste en la capacidad del hombre para prever las consecuencias de su intervención causal. Teniendo presente que la omisión no es causal del resultado, se sostiene que en el delito omisivo no habrá finalidad sino *finalidad potencial*, pues no existe relación de causalidad, sino *causalidad potencial*. El dolo omisivo, producto de la finalidad, tampoco existe, sino que se crea una nueva categoría denominada *cuasi-dolo*¹⁹.

Kaufmann asume una postura fiel al ontologismo de Welzel al remarcar que el derecho está íntimamente influenciado por los comportamientos humanos. Las estructuras lógico-objetivas previenen al derecho y es por ello que cualquier modificación –por más esencial que sea– en las valoraciones interpretativas no pueden modificar el objeto de estudio: omisiones y acciones.

Afirma el brillante autor alemán que la *capacidad de acción* –requisito indispensable de la omisión– depende de la posibilidad física de realizar una acción determinada, complementariamente con los *aspectos cognoscitivos*. Sólo a partir del objeto percibido –*situación típica*– puede plantearse y ponerse en marcha la dirección final; o sea, sólo cuando se percibe un objeto concreto de acción, se es capaz de una acción determinada. Pero a su vez, es imprescindible la *cognoscibilidad de la vía de realización*, pues la elección de los medios forma parte de la acción final.

También es relevante la distinción que el doctrinario hace entre “*omisión de tentativa*” y “*tentativa fracasada o fallida*”.

La tentativa fracasada surge cuando el sujeto desempeña una actividad tendiente a salvaguardar el bien jurídico, motivo por el cual no se debe castigar su conducta infructuosa por más que la elección de los medios sea incorrecta. Aquí se da importancia a la intención del sujeto que buscó realizar la conducta mandada pero no logró hacerlo, por lo que no deviene castigo. En cambio, en la omisión de tentativa el individuo omite buscar la forma de realizar la acción salvadora pues le es indiferente la producción del resultado.

Otro punto sobre el cual elaboró su pensamiento se encuentra en la distinción entre “*omisión consciente*” y la “*inconsciente*”. El delito de omisión dolosa –inexistente– era mal llamado “*doloso*” pues sus características se adecuaban a lo que el denominaba omisión consciente, según la cual el sujeto activo conocía –aspecto cognoscitivo– los medios que posibilitaban la potestad fáctica de actuación pero, pese a ello, se abstenía de cumplimentar la exigencia legal. La omisión inconsciente, por el contrario, se basa en que el sujeto conoce la situación típica –elemento imprescindible para toda punición– pero desconociendo la posibilidad fáctica de actuación, y omite buscar medios para realizar la conducta salvadora. El ítem clave se encuentra en la diligencia y preocupación del agente ante el conocimiento de la situación típica.

Maurach, discípulo de Welzel y profesor de derecho penal en la Universidad de Munchen, postula que en la omisión se trata de seleccionar valorativamente determinadas circunstancias de hecho prejurídicas, siempre que exista un objeto real que pueda ser valorado como omisión. La omisión se presenta como una acción desde el punto de vista de su estructura óptica, o sea como una conducta humana dirigida

¹⁹ En el fondo, la obra de Kaufmann contraría las bases sobre la cual el propio Welzel elabora su teoría, pues se deja del lado el ontologismo puro al incluirse, dentro de la estructura de la acción final, datos normativos como la finalidad *potencial*.

a un fin y dominada por la voluntad. La comisión y la omisión son diferentes formas jurídico-penalmente relevantes del actuar del hombre diferenciadas por la forma mediante la cual se afecta el bien jurídico tutelado: en la comisión se provoca un perjuicio mediante un actuar corporal perceptible fácticamente en el mundo exterior; y en la omisión, a diferencia, el perjuicio se provoca mediante una inactividad. Ambas formas de acción humana son valoradas en el tipo penal donde se determina qué conductas afectarán al bien jurídico comisivamente u omisivamente.

De este modo, en el ámbito prejurídico de la acción, esta omisión es siempre una conducta dirigida volitivamente a una determinada meta (y por ende no constituye una “no acción”); y en el ámbito típico representa siempre un perjuicio a un bien jurídico, provocado mediante una inactividad corporal actuante²⁰.

Desde otra óptica, Jescheck, elabora su dogmática penal partiendo de un concepto social de acción. Esgrime que la omisión no puede aunarse en el plano de la contemplación ontológica, puesto que la omisión misma no es finalidad, sino que viene caracterizada por el esperado empleo de la energía. La acción es el comportamiento socialmente relevante, entendiendo a éste como la respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida, o al menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de la que dispone gracias a su libertad²¹.

Según el español Mir Puig el concepto de *comportamiento*, o acción, no puede obtenerse de la sola contemplación de los hechos humanos, sino que dependen de las necesidades del derecho penal. El concepto de *comportamiento* denota dos funciones: una negativa en tanto se realiza una selección *previa* de los hechos irrelevantes para la valoración jurídico-penal; y otra positiva en tanto ha de entenderse en un sentido normativo-social que sirve de base para poder comprender la conducta en la omisión desde un punto de vista valorativo, en contraposición a lo meramente naturalístico²². La presencia de un comportamiento previo al derecho penal es requisito de todo tipo penal: la omisión existe por sí misma, pero su relevancia jurídico penal es otorgada por el tipo.

Silva Sánchez, discípulo de Mir Puig, adopta los conceptos de su maestro y también sostiene que la omisión debe ser analizada en el tipo penal, pues allí es donde surge la relevancia penal del comportamiento –que dicho sea de paso, siempre es positivo–. La omisión se define como la no realización de la conducta consistente en una prestación positiva de salvaguarda del bien jurídico²³. Silva concluye su

²⁰ Maurach, Reinhart - Gössel, Karl H. - Zipf, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, tr. de la 7ª ed. alemana J. Bofill Genzsch, Bs. As., Astrea, 1995, t. 2, p. 220.

²¹ Jescheck, Hans, *Tratado de derecho penal. Parte general*, tr. J. L. Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993, p. 201.

²² Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Barcelona, 1996, p. 296: “a diferencia de la acción (positiva), no hay para el derecho penal una omisión que deba precederle. Por ello, la problemática de la omisión no puede tratarse en el capítulo del comportamiento humano, como realidad que la ley presupone y se da con independencia de ella, sino sólo en el seno de la teoría del tipo de injusto, como una de sus modalidades según la clase de norma que puede infringir, y no según la especie de la conducta... ciertamente existen omisiones fuera del ámbito penal... el derecho penal no crea el concepto de omisión. Pero para la existencia de una omisión jurídico-penal no es preciso que se dé una omisión anterior a la ley penal... sólo la ley penal es decisiva para la afirmación de una omisión jurídico penal”.

²³ Silva Sánchez, Jesús M., *El delito de omisión*, 2ª ed., Montevideo, B. de F., 2010, p. 155 y ss.: “rechazo de las concepciones ontológicas en la resolución de las cuestiones propias del carácter

obra con una propuesta de clasificación del delito omisivo según las siguientes categorías: *omisiones puras o simples* y *omisiones referidas a un resultado*. Las primeras se subdividen –según la gravedad de la conducta– a su vez en *omisiones puras generales* y *omisiones puras de garante*. Luego las omisiones puras de garante se bifurcan en *omisiones puras de garante expresamente tipificadas* y *omisiones puras de garante que no han sido tipificadas*²⁴. En relación a las omisiones referidas a resultados las clasifica en *omisiones referidas a resultados sin equivalencia comisiva* y en *omisiones referidas a resultados con equivalencia comisiva*. Estas últimas divididas en aquellas que están *legalmente determinadas*, y aquellas en las que no, la *comisión por omisión*.

En nuestro país, Zaffaroni junto a Alagia y Slokar entienden que el concepto de omisión es necesariamente normativo. Previo al tipo penal sólo existen conductas; en tanto es en el tipo penal donde surgen dos estructuras: las que prohíben las conductas que describen y las que prohíben las conductas distintas de las que describe. La omisión no es un mero “no hacer”, sino que es una forma típica de prohibir acciones. En tal sentido, no solamente se desentiende de las conceptualizaciones ontológicas de la omisión, sino que directamente se aparta de la construcción omisiva dentro del elemento delictivo de acción. La acción, como tal, es meramente una conducta del sujeto, que sin la referencia típica carece de relevancia²⁵.

La modernidad nada ha cambiado. Las discusiones aún continúan y los disímiles criterios de pensamiento se mantienen.

de acción. El ser acción o no serlo no constituye algo absoluto, sino relativo, que depende del punto de vista adoptado. En definitiva, pues, no sería, en nuestro caso, algo a resolver con independencia de las referencias normativas, sino de modo íntimamente ligado a ellas. Ello, en un doble sentido. Por un lado, la misma afirmación de que sólo comportamientos humanos pueden ser constitutivos de delito no expresa una necesidad ontológica, ahistórica, sino una exigencia derivada de un determinado concepto de antijuridicidad. Por el otro, qué es acción humana, donde se halla el límite entre acción y ausencia de acción. Varía según se adopte en su determinación el punto de vista de la psicología, y por ej., o del derecho, y según la concepción que de este último se sostenga... el sentido de acción a los efectos del derecho penal lo deciden sólo los tipos penales. Tal sentido abarca dos niveles. En el primero se decide, mediante el criterio interpretativo del tipo, si la conducta realiza un tipo comisivo u omisivo: tiene el sentido de una comisión o una omisión. El segundo se decide, por esos mismos criterios, de qué comisión u omisión se trata... La distinción entre los dos sentidos del término acción hace preferible referirse al primero de ellos con las expresiones acción o conducta y al segundo con las de comisión y omisión, según sea el caso. De todos modos, teoría de la acción, por un lado, y teoría de la comisión y omisión (tipo), por otro, forman parte de una teoría general de la antijuridicidad, en dos niveles diferentes. Pero no constituyen algo previo a ésta”. Y en p. 177: “lo relevante en la omisión es ciertamente un no hacer algo; pero éste no existe como tal en la realidad previa al derecho penal. Sólo surge en la tipicidad, como resultado de un juicio de imputación suyo sustrato es la conducta real del sujeto”.

²⁴ Silva Sánchez, *El delito de omisión*, p. 436, respecto a las omisiones puras de garante que no han sido expresamente tipificadas refiere que “se propugna *de lege ferenda* una regulación específica como cualificaciones de los tipos de omisión de socorro y de impedir determinados delitos, *de lege lata* aparecerán, en principio, como realizaciones típicas omisivas puras generales”.

²⁵ Zaffaroni, Eugenio R. - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 2006, p. 444: “como la omisión no es una mera no acción, sino un no hacer algo (no hay omisión de nada), siempre habrá que tener una instancia de comparación valorativa, por lo cual el concepto de omisión es necesariamente normativo. Cuando se establece la adecuada distinción entre pragma y tipo, se advierte que la omisión es una forma típica de prohibir acciones”.

4. Relación de causalidad entre la omisión y el resultado

La causalidad entre la conducta omisiva y el resultado es un tema trascendental para muchos, e irrelevante para otros.

Personalmente entiendo que la relación de causalidad es fundamental a la hora de salvaguardar la constitucionalidad de nuestras conclusiones dogmáticas pues las figuras delictivas preestablecidas en la parte especial de nuestro Código enmarcan conductas que *causan* resultados. La causación, entonces, deviene obligatoria para la imputación.

Si bien no necesariamente la causación debe analizarse naturalísticamente, sino que puede determinarse normativamente con criterios jurídicos²⁶, me adelanto a sostener que los pensadores que fundamentan el delito omisivo bajo conceptualizaciones naturalistas no podrán cumplimentar la exigencia constitucional de explicar la relación de causalidad entre la omisión y el resultado pues inexorablemente la misma debe ser explicada con criterios valorativos de imputación.

El problema de la causalidad en el delito de omisión quizás tenga su origen en los postulados de Kant en cuanto entendía a la causalidad como una consecuencia de acontecimientos funcionalmente relacionados, requiriendo siempre una *causa efficiens* –una causa científico naturalmente real–. De gran trascendencia fue su frase “*de la nada, nada puede surgir*”, afectando netamente el entendimiento del derecho y, consecuentemente, los posteriores años de elaboración doctrinal.

Luden, vio la causalidad de la omisión en que el omitente, al no realizar la conducta prescripta, desarrolla otra actividad. La teoría del “*actuar de otro modo simultáneo*” propició que la omisión no era de por sí causante del resultado, sino que lo era la conducta positiva desarrollada durante ese interín.

Según Von Liszt la causalidad entre la omisión y el resultado realmente no existe, sino que es producto de una equiparación realizada por el ordenamiento jurídico en determinadas situaciones, pero sin reconocer un verdadero nexo de causalidad²⁷.

La causalidad en la omisión también fue entendida conforme a un criterio acorde a la “teoría de la equivalencia”, pero opuesto al utilizado para los delitos comisi-

²⁶ Beling, Ernst, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, Bs. As., El Foro, 2002, p. 99: “no existe motivo alguno para dudar de que entre lo negativo (no hacer) y lo positivo (resultado, cambio en el mundo exterior) pueda haber relación causal, pues tal duda arraiga en consideraciones de orden filosófico (conocimiento del sistema total de relación) y prescinde de la cuestión jurídica, que es la única que interesa. Esta cuestión es sencillamente la de ver si la omisión puede ser comprendida en el cuadro respectivo a que se refiere el delito-tipo (matar a un hombre, etc.). Esto puede afirmarse sin duda alguna en el sentido de la ‘causalidad típica’. El uso verbal corriente, empleado por el legislador, bajo las expresiones “matar” o las demás correspondientes a los otros tipos, comprende también el no evitar el resultado: la madre ‘mata’ al excursionista caído en la hendidura de un ventisquero dejándolo perecer en la sima”.

²⁷ Von Liszt, *Tratado de derecho penal*, p. 303: “bajo ciertas condiciones el orden jurídico, del mismo modo que la vida misma, equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo” y continúa “solamente hablamos de una omisión en la vida ordinaria, cuando teníamos fundamento para esperar un acto posible de parte de una persona. Aplicando esto al orden jurídico significa, pues, que sólo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo. Sólo de la omisión contraria al derecho se siguen las circunstancias jurídicas de la acción”.

vos. Si en éstos la *supresión mental hipotética* determinaba cuando el suceso no se producía en virtud a haberse eliminado mentalmente la acción desplegada por el sujeto; en la omisión, contrariamente, se debía imaginar la realización de la conducta no realizada por el sujeto para poder determinar si –a raíz de dicha conducta imaginaria– el resultado era evitado²⁸. Si luego de tal procedimiento se concluía que el resultado no se hubiese producido, entonces la omisión era causal del daño.

Desde otro punto de vista, Merkel, consideró la causalidad de la omisión en la conducta precedente que motiva la posición de garante. Así, se evita tomar como causa la acción simultánea –esgrimida por Luden–, adoptando una anterior pero diferente a la omisión en sí misma. Es fácil advertir que tal postulado no cumplimenta las exigencias doctrinarias pues no se explica la causalidad entre omisión y resultado, sino que se analiza la causalidad entre una conducta precedente –que no es la conducta omisiva– y el resultado.

Por su parte Maurach, siguiendo criterios imputativos de Roxin, sostuvo que la causalidad entre la acción típica y el resultado debe ser enjuiciada valorativamente conforme a la teoría de la imputación objetiva: la omisión aumenta el riesgo ya que la actividad no realizada es la que lo hubiera disminuido²⁹.

Como ya se ha mencionado, Kaufmann postula que no existe causalidad real entre la omisión y el resultado, pues no hay finalidad. Existe una causalidad potencial basamentada en una finalidad potencial. La omisión no conlleva una dominabilidad sobre el curso causal pues justamente no se está realizando una conducta susceptible de ser materializada en el mundo fáctico³⁰.

5. Toma de postura: la omisión normativa

El derecho, mediante la imposición de un plexo normativo, tiende a regular la vida de las personas en sociedad a fin de tutelar determinados bienes jurídicos. Éstos solamente podrán ser violentados mediante conductas desplegadas por los integrantes de la sociedad: acciones u omisiones.

²⁸ Lógicamente surge la problemática respecto a que grado de probabilidad –o certeza– se requiere para considerar a la conducta omisiva causante del resultado.

²⁹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, p. 237: “la causalidad entre la acción típica y el resultado debe ser enjuiciada valorativamente conforme a la teoría de la imputación objetiva... Es decisivo que la lesión del bien jurídico producida sea valorada como realización del peligro creado por la acción omisiva; este es el caso cuando, ante la inactividad actuante, cabía contar con la producción de la lesión del bien jurídico, no así ante el desarrollo de una determinada actividad conservadora de un bien jurídico. En esta circunstancia es igualmente posible reconocer una importancia indiciaria al aumento del riesgo... Si la inactividad actuante aumenta el riesgo (o bien la actividad actuante lo disminuye) del perjuicio al bien jurídico y aquélla se concreta en éste (el padre ebrio omite lanzar a sus hijos a los brazos del personal de salvamento, lo que probablemente les hubiera salvado, debido a lo cual éstos perecen entre las llamas...); entonces el resultado será por lo general objetivamente imputable a la acción omisiva”.

³⁰ Kaufmann, *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 79: “¿es causal el omitente de la ausencia de la acción de la acción omitida, de la ausencia del correspondiente empleo de energía? Y la respuesta a esta pregunta sólo puede rezar: ¡No! Porque puedo suprimir mentalmente al omitente sin que decaiga lo omitido; nada cambia en la falta del empleo de energía, en la negación de la acción, porque esté o falte la persona capaz de acción. No hay relación causal entre el omitente y la acción omitida (sólo existe aquí la relación de la causalidad potencial)”.

De por sí la omisión carece de existencia y relevancia jurídica si no aparece un intérprete tendiente a develar cuando una persona está omitiendo realizar una conducta y porqué debería de realizarla.

Para ello el ordenamiento jurídico satisface dicha exigencia y establece un cúmulo de situaciones típicas ante las cuales los integrantes de la sociedad deberán desplegar una conducta determinada, a fin de no ser sancionados. Estas situaciones típicas denotan la necesidad de que el sujeto despliegue su actuar a fin de salvaguardar el bien jurídico que se encuentra en peligro. La inobservancia de la manda se materializa en una omisión por parte del sujeto activo.

La omisión debe ser entendida como un “no hacer algo”.

Lo importante, jurídicamente hablando, es poder determinar que significa ese “algo” que no se hace, el cual deberá ser entendido como la *obligación legal de actuación impuesta a una persona determinada*. Si no existe tal obligación legal –descrita por el tipo–, no existe ese “algo”, y por ende no existe omisión jurídicamente relevante.

Visualizar a la omisión desde un punto de vista puramente naturalístico es una falacia, pues nos estaría obligando a considerar que todo cuanto no se hace, y teniendo la posibilidad de hacerlo, es una omisión. Tal definición no tendría importancia para el mundo jurídico pues el término “omisión” debe ser interpretado según las exigencias legales que ponen en cabeza de un individuo la obligación de actuar. No existe omisión, jurídicamente relevante, sin mandato legal.

La omisión es una forma de manifestación de voluntad guiada por una finalidad³¹, y por ello debe ser comprendida dentro del concepto de “conducta” –o acción en sentido genérico–.

Pero tal *conducta* carece de relevancia para el derecho penal si no existe un tipo que mande a realizar la actividad omitida: el tipo penal es el que dotará de significado a ese “algo” que no se hace, complementando el concepto de omisión. Indefectiblemente estamos ante un concepto puramente normativo, pues es el tipo penal quien dota de existencia jurídica a la omisión.

Más aún –y a modo de crítica a las *teorías transitivas clásicas*– carece de lógica definir un término por la no realización de “algo”, sin determinar qué se entiende por ese “algo” que conceptualiza a la propia definición. La valoración es fundamental pues determina qué es lo que se debió haber hecho. Sin un mandato legal preestablecido no existe omisión, pues no existe ese “algo” que hace a su esencia.

La omisión como forma de conducta es final: el sujeto omitente no actúa sino en virtud a una meta predeterminada por su psiquis. La finalidad debe abarcar al resultado típicamente determinado, ya que el sujeto deja andar la causalidad, evitando intervenir, a fin de que el resultado se produzca. La finalidad no es potencial, sino real; por el contrario, la causalidad de la omisión es inexistente.

³¹ Es importante no confundir *finalidad* con *dolo*. La primera implica la voluntad de realizar una conducta guiada por una meta determinada; a diferencia del *dolo* que es un concepto puramente jurídico –y correspondiente al tipo–. Si bien generalmente la conducta final equivale a dolo, existen supuestos donde no existe tal consecuencia, como por ejemplo en el error de tipo.

La omisión final es lo que posibilita hablar de una acción dolosa, pues la meta querida por el individuo es la que motiva su conducta. Las omisiones son finales, pues lo contrario implicaría entender que las personas se encuentran predispuestas a realizar conductas sin motivación subjetiva que guíen sus comportamientos.

Pero para poder definir correctamente a la omisión jurídicamente relevante es menester reconocer los elementos típicos de ésta: se debe estar ante una situación típica y, consecuentemente, poseer capacidad de acción.

Si bien no adopto los postulados de Kaufmann, pienso que la estructura otorgada a la omisión respecto a la determinación de la capacidad de acción y sobre todo a su faz cognoscitiva es correcta en todo sentido.

La omisión nace de una situación típica –determinada por el tipo objetivo–, sin la cual no se puede determinar cuando un sujeto *omite hacer algo*. La circunstancia fáctica es lo que posibilita poner en marcha la conducta final; por ejemplo, la existencia de una persona ahogándose es lo que posibilita realizar una omisión de salvamento. Pero a su vez, debe existir capacidad de actuación, pues de nada vale exigir una conducta al sujeto que carece de posibilidades psicofísicas de actuar en dicha situación. Con tal criterio se exige el conocimiento por parte del omitente de la situación típica –ya que no omite, y consecuentemente no realiza una omisión final, quien no observa a la persona que se está ahogando–, pero también se exige cognoscibilidad de la vía, o medio, para realizar la conducta exigida, ya que de lo contrario no habría *capacidad de acción*.

Para clarificar el postulado: no sólo es necesario que una persona se esté ahogando, sino que se exige al sujeto activo –obligado por el mandato legal– observar al individuo que requiere auxilio, y que sea conciente de la posibilidad fáctica de actuación. Si el sujeto activo, al no saber nadar, desconoce que bajo una lona hay un salvavidas, entonces no se le podrá imputar haber omitido prestar auxilios dolosamente.

Es sumamente relevante la diligencia que el sujeto activo otorga a la situación típica. La cognoscibilidad hace a la posibilidad que el sujeto tiene de realizar la conducta salvadora en cuanto al conocimiento –o probabilidad de conocer– de los medios a utilizar. La diligencia del agente es un elemento importantísimo ya que no es equitativo castigar al mero omitente de igual forma que al omitente que busca realizar la conducta de salvación por más que la elegida no sea la adecuada. Tal punto variará según criterios de imprudencia omisiva, legislando en base a parámetros de política criminal que no serán tratados en el presente trabajo.

Respecto a la causalidad del delito omisivo con relación al resultado, no considero aceptables las teorías que utilizan la “*supresión mental hipotética*” incorporando la actividad omitida a la eventual causalidad. Agregar mentalmente la acción omitida por el autor para así poder desplazar el resultado, no explica la causalidad ya que justamente dicha actividad positiva no ha existido. La omisión consiste en un no hacer, y como tal no *causa* un resultado. La causa del resultado deviene de otra causa que no es la conducta omisiva.

Pero supongamos que tal teoría es válida, entonces llegaríamos a resultados descabellados y sobradamente injustos. En tal sentido, si la omisión es causa del resultado –por no haber intervenido– no sería necesaria la calidad de garante res-

pecto al bien jurídico. Así, el no evitar la muerte de una persona desconocida y con la cual no mantengo ningún tipo de vínculo, me haría responsable por su muerte ya que mi omisión ha causado el resultado.

Siguiendo este pensamiento, los tipos penales –preestablecidos en la parte especial del Código Penal– podrían ser cometidos sin ningún tipo de límite práctico ya que la sola no realización de la conducta salvadora sería causal del resultado.

Por ello, es importante sostener que dogmáticamente la causalidad debe ser entendida con criterios puramente valorativos, entendiendo que la posición de garante dotará al agente su calidad de omitente.

La causalidad no debe ser entendida como causalidad real, sino como causalidad valorativa. Lo que importa al derecho no es la causalidad fáctica –inexistente en la omisión–, sino aquella que surge de la imputación que el derecho hace a la conducta omisiva del sujeto.

Por el contrario, sí considero que existe causalidad real entre la asunción de la posición de garante y el resultado, pero ésta causalidad es jurídicamente irrelevante. O sea, asumir la calidad de garante puede significar que existe la relación de causalidad con el resultado. Por ejemplo: Juan acepta trabajar de guardavidas en un natatorio. Durante su turno laboral un niño que no sabe nadar ingresa en la piscina y comienza a requerir auxilio. Juan, ante dicha situación no hace nada. En tal caso, la asunción de la calidad de garante –asumir el cargo de guardavidas– produjo que los dueños del natatorio no contrataran a otros guardavidas diligentes que pudieren evitar el resultado lesivo. Por ello, considero que puede existir relación de causalidad, pero es importante diferenciar este nexo de causalidad con el de la omisión.

La omisión, por sí misma, no causa el resultado; a todo evento, lo causa la asunción de la calidad de garante, pero la misma carece de importancia para el derecho penal ya que éste exige que la omisión sea causa del resultado y no que lo sea la asunción de la garantía.

Por ello, repito, será necesario adherir a una causalidad basada en la relación de garante pero a partir de criterios puramente normativos.

6. La omisión en nuestro ordenamiento jurídico

Todo lo dicho carece de absoluta validez si no puede ser contrapuesto a nuestro ordenamiento jurídico legal.

Como punto de partida es dable referir que la Constitución nacional, en su art. 18, consagra el principio de legalidad, según el cual todas las conductas que no estén expresamente prohibidas serán permitidas.

Si bien mayoritariamente la doctrina entiende que los delitos comisivos, preestablecidos por nuestro Código Penal, pueden también ser cometidos de forma omisiva –generalmente denominados delitos de comisión por omisión³²–, entiendo que

³² Tal terminología ha sido bastante discutida entendiendo que la distinción entre los delitos de omisión propios e impropios no se diferencian por la expresa regulación legal sino por tratarse de delitos de resultado o de pura actividad. En el presente trabajo se ha adherido a la posición mayoritaria.

dar validez a tal pensamiento implicaría hacer uso de la analogía, pues se haría decir a la ley lo que ella no dice. Si la normativa castiga a la conducta que causare un resultado, y la omisión no es causal, entonces no se podrá penalizar al omitente sin violentar las bases de nuestra Carta Magna: *nulla poena sine lege*.

Desde otro punto de vista, también es incorrecto asumir –como lo ha hecho mayoritariamente la doctrina– criterios valorativos, como los esbozados personalmente en los párrafos anteriores, fundamentados en la relación de garante para legitimar el delito de comisión por omisión. La “relación de garante” es una *explicación dogmática* para poder imputar el resultado a conductas omisivas pero siempre dentro de los límites impuestos por la legislación.

Reitero, la omisión debe ser entendida según criterios puramente normativos basamentados en la relación de garante, pero esto no debe ser entendido como una permisión para trasladar delitos comisivos a conductas omisivas ya que se estaría desoyendo el principio de legalidad. Trasladar criterios dogmáticos al derecho vigente sin que él mismo los reconozca violentaría su vigencia. Por ello, es que los postulados dogmáticos deben servir *de lege ferenda* para mejorar el sistema penal, y no para modificar el existente al antojo del intérprete.

Es necesario entender que los criterios de imputación desarrollados en la primera parte del trabajo no pueden ser aplicados a cualquier tipo penal comisivo, pues se estaría incumpliendo con la normativa constitucional. El criterio normativo de imputación solamente puede ser utilizado para tipos penales en que la propia ley determine su comisión mediante una omisión.

Tal cuestión es resuelta en la legislación alemana mediante el art. 13 del Cód. Penal al referir que “Quien omite evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción”.

En forma similar, el Código Penal español refiere en su art. 11: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

Estos Códigos transcritos legalizan –y dotan de validez– la dogmática de la conducta omisiva impropia, que en cierto punto deja de ser impropia pues el mismo código legisla la omisión en sí misma transformándola en una omisión propia genérica, salvaguardando al sistema legal de las objeciones doctrinales. Cuando el Código alemán refiere que el haber omitido evitar el resultado en aquellos supuestos en que el agente *deba responder jurídicamente para que el resultado no se produzca*, implica reconocer en la calidad del garante el surgimiento de la punibilidad. Más notorio

ria donde la distinción está dada por el expreso reconocimiento legal que el Código hace de los delitos de omisión propia.

es a su vez el Código español cuando equipara la omisión a la acción según exista una *específica obligación legal o contractual o mediante una conducta precedente*³³.

7. Síntesis

a) La omisión debe ser definida de forma *transitiva* como una “*no realización de algo*”, entendiendo a ese *algo* como una actividad positiva de salvamiento respecto a un bien jurídicamente tutelado, determinado por el tipo penal.

b) El concepto de “omisión” debe ser complementado con el tipo penal en virtud a criterios puramente normativos.

c) Si bien puede existir relación de causalidad entre la asunción de una garantía y un resultado concreto, en la omisión –por sí misma– no hay causalidad con el resultado pues la conducta omisiva no se materializa en el plano fáctico.

d) La causalidad de la omisión debe ser interpretada como imputación de resultado a partir de una relación de garante preestablecida por la ley o una conducta precedente.

e) La omisión se puede clasificar en *propia e impropia*.

f) La omisión impropia es entendida como la realización de un tipo comisivo mediante una omisión fundamentada en una relación de garante.

g) La aplicación de tales criterios dogmáticos violenta las bases constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico: *nullum crime sine lege* y prohibición de la analogía.

h) *De lege ferenda* será necesario el reconocimiento en el Código Penal argentino de los criterios dogmáticos antedichos a fin de legalizar al delito omisivo impropio.

© Editorial Astrea, 2015. Todos los derechos reservados.

³³ El Código adopta la “teoría formal del deber jurídico” según la cual la existencia de la posición de garante tiene como fuentes aquellas denominadas *formales*: ley, contrato, o actuar precedente.