y el deseo de venganza de los ofendidos, entre otros⁶⁵. Estos efectos mediatos no son indispensables en todo delito, pero lo acompañan ordinariamente, como efectos suyos de importancia social.

Vemos, por consiguiente, que dentro de los delitos de acción podemos encontrar, cuando menos, cuatro círculos diversos, de menor a mayor, aptos para explicar los efectos jurídicos que ellos provocan. El primero, correspondiente al daño inmediato sobre un individuo determinado; el segundo, a daño inmediato que en ciertos delitos se radica en toda la colectividad (dentro de este caso podríamos admitir dos variedades: aquella en que el daño lo recibe la sociedad en general, como comunidad humana simplemente, dentro de los cuales no se excluye que también reciba daño un individuo determinado, y otra en que el daño va a afectar al Estado como tal, en su calidad de persona jurídica y de suprema entidad representativa de una colectividad nacional jurídicamente organizada); el tercero, al daño social que envuelve todo delito en cuanto conmoción de las bases más esenciales de la paz social y del régimen de ordenamiento jurídico, y el cuarto, a esos daños difusos, de naturaleza psicosocial, que podríamos denominar mediatos de segundo grado o secundarios.

Son los efectos jurídicos inmediatos, en sus dos clases, los que son utilizados regularmente por el legislador penal para la denominación de los diversos títulos o capítulos de que consta la parte especial de un código penal.

⁶⁵ Ver nuestro *Curso*, vol. II, ps. 307 y 308.

45. *Los efectos jurídicos del delito propio de omisión.*

Si esta sistematización de los efectos jurídicos del delito la aplicamos a los delitos propios de omisión, podemos apreciar que en éstos nunca van a faltar los daños mediatos de primer grado, porque éstos son algo inherente a todo hecho punible. Veremos, también, que muy a menudo ellos van a originar daños colectivos inmediatos o directos, lo que explicaría, probablemente, la intención que animó a la frase de Maurach con la cual iniciamos este capítulo. Lo que cabe rectificar a este autor es que los delitos propios de omisión —contra lo que se desprende de sus palabras— pueden también originar daño inmediato o directo a individuos determinados, bien sea en forma exclusiva, bien sea concurriendo ese daño con otro que afecte también directamente a toda la colectividad. Ejemplo de los primeros tenemos en una figura delictiva nueva, que empieza a aparecer en muchos códigos modernos: la no prestación de pensión alimenticia a los hijos (u otros alimentarios) por parte de su padre (según tipo de los arts. 487 y 584, n° 5, del Código Penal español). Ejemplo de los segundos tenemos en las omisiones punibles previstas en los arts. 187 (no dar cuenta a la autoridad judicial de la recepción de un detenido) y 546 (no dar resguardo de la prenda o seguridad recibidas) del mismo código mencionado⁶⁶.

Son principalmente los efectos mediatos de primero y segundo grado los que explican la interven-

⁶⁶ Recordamos, a este propósito, lo que hemos expresado en el cap. VI, especialmente en el punto a que se refiere la nota 40.

ción del Derecho Penal —como rama adscrita al Derecho Público— en muchos delitos. Esto, sin olvidar una gran entidad del daño inmediato.

En los delitos propios de omisión, según se desprende de lo dicho, el daño inmediato proveniente del delito puede quedar reducido tan sólo a una falta de colaboración del omitente a las exigencias propias de una organización social concebida conforme a determinado modelo. En esos casos hablamos de delito de mera desobediencia.

Es manifiesta la relación que existe entre el efecto jurídico del delito y la idea de antijuridicidad, especialmente en cuanto toca al injusto material. Y esto también cobra importancia en los delitos propios de omisión.

CAPÍTULO X

DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN Y BIEN JURÍDICO

46. *El concepto de bien jurídico.*

Sabemos que el concepto de bien jurídico es un concepto común a todo el Derecho. Él tiene gran importancia para precisar el contenido de injusto de las conductas humanas violatorias de la ley, para descubrir la teleología de muchos preceptos jurídicos y para una hermenéutica legal apropiada. Es, también, la base más utilizada para la sistematización de la parte penal especial. Tal concepto ha sido desarrollado principalmente por los estudiosos del Derecho Penal, pues adquiere su máxima expresión dentro de la teoría del delito, como sustrato material del injusto.

No es éste el momento de profundizarlo ni de resolver las discrepancias que a su respecto se producen entre las diversas tendencias jurídicas; nos basta con indicar que está entronizado dentro del moderno Derecho Penal, pese a las pugnas teóricas propias de la doctrina. Pero no podemos eludir un enfoque del concepto de bien jurídico en relación con los delitos propios de omisión, atendidas las dificultades que dentro de éstos se presentan.

Se entiende al bien jurídico, de manera especí-

fica, como un ente bien perfilado que merece el amparo y la protección del Derecho. Como el Derecho, a su vez, se propone ordenar la vida social conforme a un modelo previo de relaciones y de organización, resulta que vamos a encontrar la esencia del bien jurídico en los intereses primordiales de una vida social estructurada de manera determinada. Todos los intereses vitales para una vida social pacífica, ordenada y armónica, concebidos para dar a sus miembros la mayor paz, seguridad y felicidad posibles, sean ellos de carácter individual o concierne a la forma y subsistencia de la organización social, admiten incorporación al conjunto de los bienes jurídicos⁶⁷.

47. *Los derechos humanos fundamentales.*

Los intereses vitales no son una creación del Derecho: ellos constituyen una realidad social lógicamente anterior a él; las normas jurídicas nacen, precisamente, para protegerlos. Pero, en última instancia, ellos dependen del régimen de organización social, política y económica que impera en una sociedad dada en cierta etapa de su historia. Su vinculación directa e indirecta con la moderna noción de derechos humanos fundamentales es manifiesta, aun cuando no siempre se la subraye. En virtud de estos

⁶⁷ C. Roxin define, por su parte, a los bienes jurídicos como "estados valiosos" que concretan los presupuestos imprescindibles de una existencia social que cree y asegure al grupo social las condiciones de una existencia ajustada a sus necesidades vitales, con respeto de una libre configuración individual de su vida (ver ob. cit. en nota 33, ps. 12 y 13).

derechos humanos se produce hoy día, en plano universal, cierta uniformidad para la aceptación de los bienes jurídicos más importantes. El binomio bien jurídico-derechos humanos se torna, pues, cada vez más convergente⁶⁸.

Siendo así, no puede extrañarnos que la teoría de los bienes jurídicos haya caminado al compás de las variaciones históricas que ha tenido la idea de derechos fundamentales del hombre.

La Ilustración concibió lo que hoy denominamos injusto como la violación de un derecho subjetivo. Esto explica que en el campo penal se conectara la idea de delito con la de desconocimiento o lesión de un derecho individual. Feuerbach, en una casi total inversión de términos, si se considera el asunto desde un correcto punto de vista, sostuvo que existe un delito de omisión en cuanto otra persona tiene un derecho a la real exteriorización de nuestra actividad⁶⁹. Con ello trasladó lo que es producto de toda una normativa general de mandatos al reducido ámbito del ataque a los derechos individuales. Algo semejante sucedió con Carrara, el cual concibió el "delito de pura inacción" como la omisión de aquello que otro individuo puede exigir conforme

⁶⁸ La idea de derechos fundamentales del hombre, reconocida hoy universalmente en lo teórico, viene a ser un sustrato del concepto de bien jurídico capaz de cubrir sectores muy amplios de la base material del injusto. Ella se transforma en un elemento importante para superar el formalismo del Derecho y para reemplazar a las concepciones jusnaturalistas.

⁶⁹ A. von Feuerbach, *Lehrbuch*, 11ª ed., 1823, § 24.

a su derecho, agregando que no podía haber delito donde no hubiera un derecho violado⁷⁰.

En la época de florecimiento de la ideología liberal-individualista, la generalidad de los autores identificó a los bienes jurídicos con los derechos del individuo que el ordenamiento jurídico debe amparar.

Este enfoque no logró explicar la existencia de delitos cuyo objeto de protección son los intereses generales de la sociedad, sea como tal, sea organizada como Estado, según vimos en el cap. IX. Para salvar el vacío, se llegó a admitir que también han de incluirse dentro de los bienes jurídicos ciertos intereses vitales de la sociedad, como pueden ser su seguridad exterior e interior, el eficiente funcionamiento de su administración pública, la recta administración de justicia, etc.

El advenimiento del Estado Social dejó estrecha también esta concepción algo más expandida, por imposibilidad de extenderla apropiadamente a las nuevas actividades y exigencias de él, especialmente a aquellas derivadas del nuevo concepto de "derechos sociales".

⁷⁰ Ver nota 47, donde se reproduce cita de F. Carrara.

Aun autores de postura tan avanzada como Liszt parecen sucumbir a las ideas dominantes en su época y encaminarse hacia una concepción del bien jurídico de contenido individualista. En efecto, debido a sus esfuerzos para la protección de la libertad del individuo frente al ataque del Estado, llega a concebir una ciencia conjunta del Derecho Penal en la cual lo social queda a cargo de la Política Criminal y los intereses del particular frente a la colectividad quedan encomendados al Derecho Penal. Esto determina, como es lógico, una idea de los bienes jurídicos que resulta ligada a los derechos individuales.

48. *Intentos de ensanchamiento del concepto de bien jurídico.*

Esto explica el empeño de C. Roxin por añadir a los bienes jurídicos, en cuanto concepto esencial destinado a justificar la pena, una noción nueva dirigida a asignar carácter de injusta a toda conducta que se oponga a los fines públicos de prestación, aporte con el cual entiende incorporar los cometidos del Estado Social⁷¹.

Estos ensanchamientos, en parte logrados mediante una dilatación de la idea de objeto jurídico del delito, llevaron a su extremo la amplitud del concepto de bien jurídico. En efecto, se va a entender ahora que "los bienes jurídicos están constituidos por los derechos que se reconocen a los individuos o corporaciones, por la organización misma que adoptan el Estado y sus órganos, por las instituciones establecidas para el bien común y por ciertos valores que se estiman de gran significado social y que el Derecho se encarga de precisar . . . en general, todo aquello que es importante para el ordenamiento jurídico y cuyo pacífico mantenimiento es asegurado mediante normas jurídicas, aun cuando no constituya un derecho, siempre que se considere valioso para la vida sana de la comunidad jurídica, constituye un bien jurídico . . . hay bienes jurídicos que no son propiamente derechos sino instituciones jurídicas (familia y su ordenamiento, matrimonio, etc.); otros son simples valores culturales o éticos

⁷¹ Roxin, ob. cit. en nota 33, ps. 12 y ss.

que bajo cierta forma adquieren categoría jurídica por su trascendencia para el bien común (moralidad pública)".

Según esta posición, a la cual nos adherimos en un momento⁷², cualquier rama primaria o constitutiva del Derecho (en oposición a un Derecho Penal secundario y puramente sancionatorio), como el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional, el Derecho Administrativo, el Derecho Civil, el Derecho Mercantil, etc., puede proporcionar bienes jurídicos, bajo la forma de valores de gran amplitud declarados, reconocidos o supuestos por aquellas ramas.

49. *La discusión doctrinal.*

Sin embargo, escudriñando a fondo en la noción de delitos propios de omisión de pura desobediencia, debemos ahora admitir que esos esfuerzos ampliatorios no conducían a una solución plenamente satisfactoria para esta clase de delitos y que había mucha verdad en algunas ideas recogidas por penalistas disidentes. Pensamos ahora que esa parte de verdad, despojada, ciertamente, de inspiraciones ideológicas repudiables, puede ser aprovechada, una vez acomodada dentro de la teoría de los delitos propios de omisión, para permitirnos arribar a la mejor solución jurídica.

Antolisei nos dice que "cuando las contravenciones contra la actividad del Estado o que prohíben hechos cuya incriminación depende de las particu-

⁷² Ver nuestro *Curso*, vol. I, ps. 14 y 15.

lares indicaciones del Estado . . . no tutelan bienes existentes, sino que tienden a procurar modificaciones en la vida social . . ., el fin que tales normas persiguen no puede considerarse como un verdadero bien jurídico, porque no se trata de una cosa que exista en la realidad de los fenómenos, sino más bien de un estado futuro que es deseado por el legislador". Es posible encontrar bastante razón a su idea de que "el concepto de bien jurídico sólo encuentra aplicación en las partes del Derecho Penal con función conservadora, pues en las demás no hay sino una meta que los dirigentes del Estado se proponen a futuro" y es posible acompañarlo, en cierta medida, en su conclusión de que "es inexacta la opinión de que el delito no se concibe sin la ofensa de un bien jurídico existente"⁷³. Restringidas esas aseveraciones a los delitos propios de omisión de mera desobediencia, parecieran perfectamente válidas y admisibles.

Con ello Antolisei, según recordamos antes, se situaba en una posición convergente con la línea de la Escuela de Kiel, apartándose de la Escuela de Marburgo (Zimmerl y Schwinge); propiciadora esta última de la tesis de que la esencia del delito estriba en la lesión de un bien jurídico.

También Schönke había expresado que la esencia del delito es, en primer término, "la lesión de un bien jurídico", pero que ella no agota dicha esencia, porque también puede constituirla "la lesión de un deber"⁷⁴. Petrocelli, en cambio, había impugnado

⁷³ Ver Antolisei, ob. cit. en segundo lugar en nota 43, ps. 77 y ss.

⁷⁴ A. Schönke, *Strafgesetzbuch*, ps. 13 y 14 (citado por L. Jiménez

estas posiciones, rechazando cualquier intento de "delitos sin ofensa"⁷⁵.

50. *Insuficiencia del concepto de bien jurídico.*

No cae dentro de nuestro campo el decidir si la lesión de un deber puede llegar a estar en la base de un delito de acción. A primera vista, nos inclinamos por la negativa, utilizando un enfoque puramente penal, por razones que hemos expuesto ya y que volveremos a tratar en otras partes de este trabajo (ver capítulos IX y XIV). En efecto, nos parece que los delitos de acción, apoyados en la violación de normas prohibitivas, tienen por objeto la protección de situaciones de hecho que el legislador trata de preservar, por considerarlas apropiadas para el bien de los individuos y de la sociedad; y son esas situaciones las modificadas por la acción descrita en el tipo correspondiente. Por consiguiente, los delitos de acción tienden a amparar situaciones ya constituidas, y se cumplen por medio de conductas comisivas que desconocen dichas situaciones, las amagan o las lesionan. Dentro de su ámbito, por tanto, puede aceptarse una no prescindencia de un concepto amplio de bien jurídico.

Pero, tratándose de delitos propios de omisión de mera desobediencia, el fundamento de la punibilidad y la esencia del hecho punible parecen que-

de Asúa en *Tratado de Derecho Penal*, t. III, 3ª ed., Losada S.A., Buenos Aires, 1965, p. 107).

⁷⁵ B. Petrocelli, *Principi di Diritto Penale*, Jovene, Napoli, 1955, ps. 240, 245 y 247.

dar reducidos a la violación de la norma de mandato mirada en sí misma y a la pura ausencia de un obrar del sujeto que era posible y reclamado por el ordenamiento jurídico en determinada circunstancia.

En cuanto con los delitos propios de omisión de mera desobediencia no trata el legislador de impedir el ataque o lesión de un bien jurídico determinado, sino de obtener la colaboración activa de ciertos individuos para la realización de algo que está exigido por normas de mandato, la idea de bien jurídico parece sobrepasada. El deber de hacer algo, la necesidad jurídica de realizar una prestación, no parecen quedar cubiertas por un concepto estático, como es el de bien jurídico. Es decir, tan pronto como la nueva noción de deber jurídico (en el sentido que antes le hemos dado) es incorporada a la teoría del Derecho, la noción tradicional de bien jurídico resulta insuficiente para cubrir las necesidades jurídico-sociales en toda su extensión.

51. *Reformulación necesaria.*

Por ello es que nos inclinamos a pensar que la esencia de un delito propio de omisión de pura desobediencia podría prescindir de la exigencia de un bien jurídico y quedar satisfecha con la de violación del deber.

Para una proposición de esta clase nos sentimos apoyados, en cierta forma, por palabras del eminente jurista Luis Jiménez de Asúa (no sospechoso de totalitario), el cual, no obstante afirmar el triunfo de la doctrina de los bienes jurídicos en cuanto obje-

tividad jurídica, aceptó que “era justo completarla con la de lesión de un deber, . . . que es el aspecto de la antijuridicidad visto por el agente”⁷⁶.

Sería necesario, por consiguiente, reformular la teoría del bien jurídico teniendo en cuenta nuevas condiciones sociales y, muy en especial, las normas jurídicas de mandato y la figura jurídica de la omisión. Sin ello, el concepto mismo de delito propio de omisión va a alejarse de una clara y nítida comprensión. Afirmar que rige para el delito propio de omisión de pura desobediencia la misma exigencia de bien jurídico que para los delitos de acción, importaría satisfacerse con un concepto de bien jurídico elástico e impreciso, que llegaría al extremo de cubrir, en su informalidad y generalidad, algo así como “todo lo necesario para una mejor organización de la vida social”. Pero entenderlo de manera tan indeterminada y amplia le haría perder todas sus ventajas teóricas, porque vendría a confundirse con los fines generales del Derecho; con ello perdería su identidad propia y, por tanto, su utilidad teórica específica.

S. Mir busca derroteros con mayor sentido social en materia de bienes jurídicos, examinando a éstos como límites del Derecho Penal subjetivo. Con la ayuda de interesantes

⁷⁶ L. Jiménez de Asúa, ob. cit., lug. cit. en nota 74.

Obviamente, creemos equivocada la última frase explicativa de Jiménez de Asúa, pues no entendemos que la lesión de un deber pueda ser sustentada en la mirada que, desde un punto de vista subjetivo, dé a la antijuridicidad el sujeto que incurre en el delito; mucho menos en el caso de un omitente. Pero nos parece sugerente y alentadora su parcial aceptación de la lesión de un deber.

ideas de R. P. Callies y de K. Amelung, procura encontrar una noción de bien jurídico bien delimitada, que incorpore a ella un planteamiento social. Cree que “la justificación del Derecho Penal subjetivo se halla condicionada a su capacidad para satisfacer del modo más eficaz posible la necesidad de protección de la sociedad”. A su juicio, “el concepto de bien jurídico . . . no debe buscarse en la *naturalística* ni en la valoración *subjetivo-moral* . . . sino en el terreno de lo social. Bienes jurídicos son las *condiciones necesarias*, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales” . . . “Conviene requerir que tales condiciones se traduzcan en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social”. Su idea básica está constituida por la “creación y mantenimiento de un determinado sistema social en beneficio de los individuos que lo integran” (ob. cit., ps. 123, 135, 138 y 140).

Pero, como se advierte en sus propias palabras, no llega a precisar qué son, en definitiva, los bienes jurídicos, ni fija en forma nítida un marco para ellos. Porque no basta decir que “si este funcionamiento (del sistema social) es el objeto *genérico* de la tutela penal, los bienes jurídicos son sus *concretos* objetos, que ofrecen la necesaria especificidad de que particulares procesos de interacción y de participación de los sistemas sociales merecen ser protegidos por el Derecho Penal” (ob. cit., p. 138).

Como lo hemos dicho, S. Mir olvida los problemas que en el Derecho Penal plantean las normas jurídicas de mandato y el concepto de “deber jurídico”, y no destaca debidamente los “derechos sociales”.

Mir expone, también, la idea de Callies acerca de que los bienes jurídicos no son “sustanciales” ni “valores” ni “bienes”, sino participales, y que “protección de los bienes jurídicos

significa protección de las posibilidades de participación en la sociedad"⁷⁷.

Una reformulación como la insinuada es indispensable, además, para satisfacer los requerimientos de sociedades modernas que han alcanzado un alto nivel de progreso y adelanto técnico, las cuales requieren, en muchas oportunidades, de una actitud social más dinámica de parte de sus miembros, como única manera de evitar riesgos y peligros inherentes a dichos progreso y adelanto. La necesidad de que el hombre proporcione a la comunidad cierto grado de actividad imprescindible para el bien común y para la evitación de riesgos propios de un complicado sistema de vida, debe ser mirada como una inevitable consecuencia del alto desarrollo a que ha llegado el ser humano⁷⁸.

⁷⁷ Mir, ob. cit. en nota 26, ps. 123, 135, 138 y 140.

⁷⁸ No dudamos que el grado de tal colaboración positiva del individuo a la sociedad va a ser entendido según la concepción ideológica que cada jurista tenga de la organización social más satisfactoria. Abundan, hasta ahora, los penalistas que tienden a mantener esa colaboración positiva en el más bajo nivel.

Conforme a nuestra convicción jurídica, y alejándonos, por ello, de tendencias ideológicas, pensamos que ciertos adelantos científicos y tecnológicos de hoy implican peligros y riesgos que imponen a todos los miembros de la sociedad una actitud de colaboración activa para preservación del bien general.

CAPÍTULO XI

PARALELO ENTRE DELITOS DE ACCIÓN Y DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN

52. *Interés del paralelo.*

Un análisis comparativo entre delitos de acción y delitos propios de omisión viene a constituirse en un verdadero toque destinado a comprobar la exactitud de nuestras explicaciones precedentes. Únicamente sobre la base de un correcto concepto de omisión es posible evidenciar todos aquellos puntos y aspectos que la omisión simple tiene en común con la acción y aquellos otros en que difiere.

En el cap. VIII hemos sentado la base de que existe un concepto genérico de conducta, capaz de dar cabida tanto a la acción como a la omisión, como dos especies de ella. Esta tesis, que cuenta con bastantes adherentes, aun cuando los correspondientes argumentos varíen apreciablemente, debe llevarnos, ineludiblemente, a la aceptación de que hay un género (*genus proximum*) en el cual hemos de encontrar los puntos comunes que ligan a ambas, por la calidad de conducta humana que ambas invisiten, pero que hay también diferencias específicas (*differentiae specificae*) que nos indican sus desigualdades y, en alguna medida, sus oposiciones.

Revisar dicha comunión de origen e identificar

lo que en concreto las separa, debe ser tenido como una importante tarea dentro de la elaboración jurídica teórica, puesto que el papel de ésta es idear un sistema que aúne todo aquello que está relacionado entre sí y precise las distinciones y oposiciones que corresponden a lo demás. Nadie puede dudar que una elaboración teórica será más lógica y consistente cuando logre incorporar dentro de una estructura única, a fenómenos tan importantes para el Derecho Penal como la acción y la omisión. Existe hasta un reclamo de mínimas coherencia y simetría que gravita en tal sentido.

53. *Ventajas del concepto natural de omisión.*

Esto, que desde un punto de vista lógico no admitiría reparo, no ha sido percibido siempre con claridad, en parte porque las premisas iniciales estaban planteadas en forma errónea o incompleta, y, en parte, porque no se ha advertido un propósito serio de empujar la argumentación hasta el extremo, como manera de verificar su verdad.

Recordemos que el concepto natural de conducta abarca a toda actitud humana en la que se exteriorice la capacidad de autodisposición del hombre como aptitud suya para influir sobre el medio físico y social que lo rodea. En cuanto ese concepto envuelve una relación entre la actitud concreta de un hombre frente al mundo circundante, ha de ser visto con especial consideración a los cambios externos que pueden surgir en éste, entendiendo que estos cambios pueden seguir a movimientos corpo-

rales del sujeto o a la abstención por éste de determinados movimientos, cuando éstos tienen la posibilidad de ser realizados. La culminación de ese concepto natural de conducta se alcanza cuando tales movimientos estén, respectivamente, prohibidos u ordenados por la norma jurídica. Como concepto jurídico, la conducta humana señala la manifestación en el mundo exterior de la libertad y de la capacidad de autodisposición del ser humano, desde el punto de vista de las exigencias normativas, aspecto desde el cual la manifestación puede presentarse como una modificación real o como una potencialidad de modificación del entorno (ver cap. VIII)⁷⁹.

Lo ya expuesto sirve también para demostrar que en la omisión existe una realidad natural, aun cuando no perceptible directamente por los sentidos, que es la base sobre la cual se construye su concepto jurídico mediante su posterior valoración normativa⁸⁰.

⁷⁹ Queda claro que nuestra posición es "clásica" (rechazamos el apelativo de "causalista") por razones que hemos expuesto en nuestro *Causalismo y finalismo* ... antes citado. Los finalistas, como se ha visto, complementan el concepto de conducta con una referencia a la finalidad de ella.

⁸⁰ Marcamos nuestra discrepancia con Zaffaroni, ob. cit., p. 386, para quien "antes del tipo, esto es, a nivel de la conducta, no hay omisiones sino que todas son acciones".

Esta discrepancia va todavía más allá de nuestra idea sobre existencia de una realidad omisiva previa, que luego será valorada jurídicamente, pues se extiende al rigor exagerado con el cual Zaffaroni asevera que antes de la valoración jurídica sólo hay acciones, siendo que pueden darse algunas conductas absolutamente pasivas, sin ser esto último frecuente. El que ordinariamente una "acción" indiferente (tejer calcetas) se sobreponga al no actuar, no puede llevarnos al extremo de negar toda posibilidad de un estado de plena inactividad ante el mundo externo (como sería el quedarse tendido mirando al cielo).

54. *Ambigüedades de la doctrina.*

Jescheck, constructor y sostenedor de un concepto común de acción y de omisión (ver nota 53), tiene la singular salida de situar al delito de omisión como "una forma especial de aparición de la acción punible". La ambigüedad de este calificativo lo va a conducir a tratar separadamente delitos dolosos de comisión y delitos de omisión, como si fueran dos entes jurídicos carentes de bases comunes⁸¹. Y cuando llegue el momento de explicar su incongruencia, este autor va a multiplicar los escollos afirmando oscuramente que los delitos de omisión "se distinguen tan esencialmente de los delitos cometidos por un hacer positivo, que no resulta posible una traslación inmediata a los mismos de las reglas y conceptos jurídicos desarrollados para los delitos de comisión". Propone, pues, una dogmática especialmente condicionada para los delitos de omisión, la cual habría de partir de una vaga "trasposición adecuada a sentido" de las categorías de pensamiento desarrolladas para los delitos de comisión⁸².

Rechaza Jescheck, además, que sea admisible la aplicación esquemática de un "principio de inversión" para los delitos de omisión. Según tal principio, aceptado por Armin Kaufmann y H. Welzel⁸³,

⁸¹ Jescheck, en ob. cit., vol. II, ps. 773 y 824.

El resultado práctico de esto va a ser que los delitos de omisión serán incluidos por Jescheck juntamente con los delitos culposos, la autoría y participación y la unidad y pluralidad de hechos punibles, en un capítulo especial de su *Tratado*. Es una extraña mezcla.

⁸² Jescheck, ob. cit., vol. II, p. 824.

⁸³ Armin Kaufmann, ob. cit., ps. 87 y ss., y H. Welzel, ob. cit., p. 280.

"en los delitos de omisión los fenómenos equivalentes sólo pueden producir efectos opuestos y únicamente pueden tener lugar los mismos efectos (en) aquellos fenómenos que ostenten una estructura inversa"⁸⁴.

J. Baumann precisa que los puntos de contacto entre acción y omisión se dan en los problemas de ausencia de conducta, pues así como no hay acción de parte de quien es objeto de *vis absoluta* o de quien se halla en estado de inconciencia, tampoco puede haber omisión de parte de quien es atado o inmovilizado mediante fuerza física que le impide actuar, o de quien se halla inconsciente. Buscar otras conexiones —afirma Baumann— arriesga abordar prematuramente problemas de tipicidad y antijuridicidad⁸⁵.

55. *Nuestra posición.*

A nuestro juicio, la acción y la omisión tienen de genérico el ser ambas manifestaciones de una actitud concreta del hombre, mirado como ser dotado de un complejo y avanzado sistema muscular, apto para permitirle movimientos corporales muy variados, en relación a su entorno. Ambas son apropiadas para ser valoradas como situaciones satisfactorias o insatisfactorias desde un punto de vista jurí-

⁸⁴ Ver la cita de nota 82.

⁸⁵ Baumann, ob. cit., ps. 138-141 (cap. IV, III, 2).

Baumann, adversario de la teoría de la acción final, cree que la formulación finalista sobre conducta exhibe un defecto en cuanto aprueba un concepto general de conducta, dentro del cual la acción y la omisión figuran como subclases.

dico. Pero esto, que es lo que tienen en común, llega a apreciarse con gran esfuerzo, pues, aparte de este origen único, en las diferencias específicas son muy diversas entre sí y presentan, a menudo, características opuestas. Lo cual no impide que la estructura teórica del delito, al igual que todos los pasos, avances o grados lógicos de ella y que todas las formas de presentación que ofrece el hecho punible, puedan ser seguidas con un ritmo semejante en la acción y en la omisión, con muy pocas excepciones, si bien, de ordinario, con soluciones opuestas.

Por cierto que si nos atenemos al restricto criterio de Baumann y examinamos a la omisión en el plano primordial y único de conducta, hemos de convenir en que presenta sorprendentes similitudes con la acción, a lo menos en lo que concierne a los casos de ausencia de conducta⁸⁶. En efecto, en la omisión, al igual que en la acción, no hay conducta humana si el sujeto es víctima de *vis absoluta* o si está inconsciente. En cambio, será difícil imaginar un ejemplo de omisión surgida de acto reflejo, porque éste parece operar casi únicamente como un movimiento corporal que produce una modificación en el mundo exterior.

Cabe, sí, agregar que en la omisión se presenta una forma de "ausencia de conducta" propia y específica: es la que corresponde a la falta de posibilidad real y efectiva de realizar la acción que no se ejecuta, pues, como quedó explicado (ver cap. VIII, n° 33), una posibilidad de esa clase pertenece a la

⁸⁶ Lo cual es perfectamente lógico, por cuanto existe un tronco común: el concepto de conducta.

esencia de la omisión; sin ella no se puede hablar de "omisión" sino, cuando más, de falta de movimiento muscular humano. Quede en claro que no se trata de la falta de un requisito para que una omisión pueda ser penada, que es la explicación que varios autores dan acerca de este punto; la verdad es que no puede existir omisión sin aquella posibilidad real y efectiva de movimiento.

Si entramos a la discusión "clásica" sobre concepto genérico de conducta como "manifestación de voluntad" y sus correspondientes derivaciones y variantes, habrá que entender que en la acción esa manifestación de voluntad mira al movimiento corporal en sí mismo, mientras que en la omisión, al faltar la acción, basta con que esté referida a lo que el sujeto hace efectivamente, esto es, a una mera pasividad o a la otra acción que realice en lugar de aquella que llamamos "acción potencialmente posible" (que corresponde, en lenguaje que considera ya una valoración, a la "acción debida")⁸⁷. Por ello es que Mezger pudo decir que aunque la omisión *puede* ser querida, *no necesita*, conceptualmente, serlo⁸⁸.

⁸⁷ En este punto empiezan a hacerse presentes las dos formas divergentes de entender la estructura del delito que sostienen las doctrinas clásica y finalista. Anteriormente, hemos propuesto eliminar prácticamente las diferencias, acudiendo al total acuerdo que existe de parte de ambas para apreciar los casos de ausencia de conducta (ver nuestro *Causalismo y finalismo* ... citado, ps. 20, 21, 54, 63, 66 y 69).

⁸⁸ Mezger, ob. cit., vol. I, p. 282.

56. *Algunos aspectos puntuales.*

Como nuestro propósito y nuestro compromiso es desarrollar en la forma más completa los fundamentos de la omisión, podemos desechar las razonables aprehensiones sistemáticas de Baumann y continuar aquí el paralelo entre acción y omisión, aunque sea en forma esquemática:

a) La tipicidad se presenta en los delitos propios de omisión en forma enteramente similar a la que interviene en los delitos de acción, esto es, ha de consistir en una descripción preferiblemente objetiva de una conducta concreta y de sus circunstancias⁸⁹; solamente cabe observar que el verbo rector de esa descripción significará actividad en éstos y omisión, abstención o inactividad en aquéllos⁹⁰.

b) En los delitos de acción abundan los que demandan un resultado en el mundo externo, distinto del puro movimiento corporal del sujeto, y son escasos los que quedan en plano de pura actividad; en los delitos propios de omisión sucede lo contrario: en su enorme mayoría ellos son delitos de pura desobediencia y sólo por excepción quedan conectados por la ley a un cambio en el mundo exterior; es por esto que los problemas de la mal llamada "relación causal" son rarísimos en estos delitos, pese a que se presentan con mucha abundancia en los

⁸⁹ Es importante que el tipo de omisión (delito propio de omisión) detalle en cuanto sea posible la situación de hecho concreta que origina el deber jurídico de actuar.

⁹⁰ *Infra* hemos de ver que los delitos impropios de omisión escapan a estas bases.

delitos de acción y en los de comisión por omisión.

c) La norma vulnerada por el delito de acción (y también por el de comisión por omisión) es de índole prohibitiva; ella es de índole preceptiva o de mandato en los delitos propios de omisión⁹¹ (ver cap. XII).

d) La antijuridicidad material de los delitos de acción queda colmada por la lesión o puesta en peligro del respectivo bien jurídico; en cambio, en los delitos propios de omisión la apelación al bien jurídico no será suficiente muchas veces —especialmente si se trata de delitos de pura desobediencia— para explicar dicha antijuridicidad (ver cap. X).

e) En los delitos de acción el dolo está referido siempre, como intención directa o aceptación del hecho típico, a este último. Si se trata de delito de acción de pura actividad, el dolo habrá de recaer sobre el movimiento corporal tipificado penalmente. Si se trata de delito de acción de resultado, el dolo habrá de recaer sobre el movimiento corporal que desencadena el resultado típico, sobre este último y sobre la conexión objetiva que se da entre ellos. En cambio, en los delitos propios de omisión no se requiere de una expresa intención o aceptación de la actitud de abstención (aun cuando en algunos casos ella pueda concurrir), pues basta con que el sujeto quiera y conozca la conducta real que ejecuta (en lugar de la exigida), a sabiendas de que podía

⁹¹ En este punto hemos de recordar nuestra discrepancia, señalada en la parte final del cap. VIII, con E. Bacigalupo y E. R. Zaffaroni, en cuanto ellos entienden que sólo hay normas prohibitivas y que, en la omisión, éstas prohíben toda otra acción que la debida.

realizar la acción debida. Esto ha hecho que Armin Kaufmann niegue el dolo en la omisión y vea en ésta sólo un cuasi-dolo⁹².

Lo demás que puede separar o diferenciar a los delitos de acción de los delitos propios de omisión, es propio de un examen más minucioso y detallado. Nuestro propósito ha sido, únicamente, sentar los fundamentos jurídicos de los segundos.

⁹² Armin Kaufmann, ob. cit., ps. 72 y ss.

C. Roxin, objetando a Kaufmann y a Welzel, sostiene que el dolo de la omisión está constituido casi exactamente igual que en los hechos comisivos, sólo que su objeto es distinto (ver ob. cit. en nota 52, p. 98).

Concordamos con Roxin, aun cuando esta discusión salga fuera de nuestra tarea.

CAPÍTULO XII

LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN

57. *Omisiones a las cuales siguen lesiones jurídicas.*

La característica jurídica esencial de los delitos propios de omisión se halla en que en éstos se trasgrede un deber de obrar originado en una norma jurídica de mandato. La aplicación práctica del Derecho Penal condujo muy pronto a observar que había, además, otras omisiones que considerar, las cuales permitían que resultaran lesionados bienes jurídicos determinados y daban lugar, en consecuencia, a que pudieran quedar quebrantadas normas jurídicas prohibitivas destinadas a impedir dicha lesión. Esto fue puesto al descubierto por Luden.

La forma más clara de explicar lo anterior consiste en acudir al manido ejemplo de la madre que ocasiona la muerte de su hijo recién nacido por no alimentarlo; siempre se entendió que ella debía ser sancionada por delito de homicidio.

Con esto surgió un área singularmente oscura y complicada dentro del Derecho Penal, al interior de la cual se produce una inusitada dispersión de las tesis explicativas que elaboran la doctrina y la jurisprudencia. Todavía no se divisa un esclarecimiento pleno de ella.

58. *Primera aproximación al delito impropio de omisión.*

En general, se puede decir que estas otras omisiones, que conducen a la lesión de bienes jurídicos penalmente protegidos —las que fueron designadas originalmente con el nombre de delitos de comisión por omisión— han de consistir específicamente en la abstención de movimientos corporales que habrían impedido la producción del resultado injusto. Lo más característico de ellas está, por consiguiente, en que el sujeto no impidió la lesión de un bien jurídico que pudo ser evitada por él.

Basta plantear el problema en estos términos para que inmediatamente brote la pregunta: ¿es acaso obligación de todo ser humano impedir la lesión de bienes jurídicos penalmente protegidos?

Esta nueva dificultad la reservamos —por su importancia— para el capítulo siguiente, destinado a delimitar el ámbito de los sujetos que están jurídicamente obligados a proteger en forma positiva ciertos bienes jurídicos cuando éstos corren riesgo. Pero, desde ahora es posible anticipar que ese ámbito de sujetos obligados es reducido y que su restricción puede ser efectuada tanto en virtud de principios doctrinales como de preceptos legales.

59. *Una mayor aproximación al concepto.*

La producción del resultado pertenece al tipo en cuanto mira a su exteriorización fáctica y al injusto, por lo que toca a la lesión del bien jurídico.

Esto implica que para que sobrevenga una conducta omisiva capaz de vulnerar una norma jurídica de prohibición, será necesario que nos hallemos ante un tipo penal de resultado y que este tipo no sea refractario a una realización de él por vía omisiva.

Los anteriores elementos de juicio nos ayudan —en una primera aproximación— a centrar la idea de delito impropio de omisión, tal como él nació de la praxis jurídico-penal y tal como ha llegado a levantar tantos espesos e impenetrables tropiezos, hasta convertirse en un verdadero tormento de todo penalista. En efecto, el delito impropio de omisión supone, por de pronto: *a)* un tipo penal que contemple un resultado lesivo de un bien jurídico; *b)* un omitente obligado a proteger activamente ese determinado bien jurídico; *c)* la no realización por ese omitente de movimientos corporales que habrían permitido impedir la lesión de ese bien jurídico.

Todo lo cual significa que los tipos penales de comisión, destinados a conceder reforzada protección penal a bienes jurídicos amparados mediante normas de prohibición, podrían ser realizados no sólo mediante una acción positiva, sino también mediante la abstención, por parte de un sujeto cualificado, de acciones que habrían podido evitar la lesión de dichos bienes. Significa, además, que desde el punto de vista de una estimativa jurídica podrían ser equiparadas la lesión de un bien jurídico por medio de una acción y la no evitación de esa lesión por parte del sujeto encargado de su protección.

El que hechos de comisión puedan ser perpetrados también por medio de una abstención, abona

la corrección del nombre de "delitos de comisión por omisión" que originalmente se les dio.

60. *Debate sobre la distinción entre delitos propios e impropios de omisión.*

Armin Kaufmann⁹³, H. Welzel⁹⁴ y J. Baumann⁹⁵, entre otros, se adscriben a una tendencia bastante difundida que distingue a los delitos propios de omisión de los impropios a partir de que estos últimos no se hallan tipificados expresamente en la ley, a diferencia de los primeros, que corresponden siempre a tipos penales privativos.

Esta corriente es impugnada por otros penalistas. H. H. Jescheck puede ser señalado como uno de quienes se apartan de ella, por considerar que se asienta en un criterio puramente externo-formal, que no es apropiado para marcar la diferencia material que existe entre ambas clases de delitos. Jescheck propone, en cambio, una delimitación sustancial (él la llama material) entre ambos, la que estaría constituida por el hecho de que el delito propio de omisión se agota en la no realización de una acción exigida por la ley, mientras que el delito impropio de omisión incluye siempre la aparición de un resultado externo a la actitud del omitente⁹⁶.

⁹³ Ob. cit., ps. 206 y ss.

⁹⁴ Ob. cit., p. 279. Este autor, aparte de basar la distinción entre delito propio e impropio de omisión en la circunstancia de que los primeros son los únicos expresamente tipificados, declara explícitamente que esta distinción no es material sino exclusivamente de la ley positiva.

⁹⁵ Ob. cit., p. 137.

⁹⁶ Jescheck, ob. cit., vol. II, p. 834 (§ 58, III, 3). Las palabras

Por esta vía de razonamiento, llega a admitir la existencia de delitos impropios de omisión expresamente tipificados⁹⁷.

61. *Refutación de Jescheck.*

La proposición de Jescheck nos parece equivocada y, contra sus deseos, tampoco permite divisar claramente el verdadero fondo de la distinción entre delitos propios e impropios de omisión.

En efecto, ella no llega a la raíz misma de la diferenciación entre ambas clases de delitos, la que se halla, como ya vimos, en que un sujeto cualificado viola una norma jurídica prohibitiva no realizando movimientos corporales que le correspondía ejecutar y que de ser ejecutados habrían impedido

relevantes de Jescheck son las siguientes: "en los delitos impropios de omisión ... se impone al «garante» un *deber de evitar el resultado*"; "la producción del resultado pertenece al tipo"; "el garante que vulnera su deber de evitar el resultado se ve gravado con la responsabilidad jurídico-penal por el resultado típico"; y "los delitos de omisión impropia constituyen, pues, la contrapartida de los delitos de resultado". Aun cuando de algunas de ellas podría inferirse que concede importancia primordial al deber de garante, en definitiva, se interna en oscuras consideraciones, mediante las cuales parece deslizarse a la referida idea de que cuando hay un resultado vinculado a la omisión nos hallamos en presencia de un delito impropio de omisión. Esto se corrobora con su idea de disociar al delito impropio de omisión de las normas de prohibición y con su afirmación de que hay delitos impropios de omisión expresamente previstos en la ley penal (ver nota siguiente).

⁹⁷ Jescheck cita varios tipos de la ley penal alemana que son, a su juicio, delitos impropios de omisión expresamente tipificados (ob. cit., vol. II, p. 835). También Maurach (ob. cit., p. 264) acepta la existencia de tipos de delitos impropios de omisión dentro de la legislación alemana.

la lesión del respectivo bien jurídico. A tal punto nos parece que la idea de Jescheck yerra el blanco, que él niega, además, que en los delitos improprios de omisión vaya envuelta la trasgresión de una norma prohibitiva, pues sostiene que todo delito de omisión, sea propio o impropio, constituye siempre una infracción de normas de mandato⁹⁸.

Nuestra apreciación es contrapuesta a la de Jescheck. A nuestro juicio, la esencia del delito de comisión por omisión se halla precisamente en la naturaleza de la norma jurídica subyacente a la omisión punible: una norma jurídica de prohibición. De ello derivan dos corolarios, que son: *a*) en los delitos improprios de omisión ha de darse siempre un resultado externo que exteriorice la violación de la norma prohibitiva mediante la lesión de un bien jurídico determinado; *b*) este resultado externo no se imputa a todos los sujetos que podrían perpetrar el mismo hecho mediante acción, sino a un grupo muy reducido de ellos. Todo esto, sobre la base de que la ley positiva no se ha ocupado, históricamente, de tipificar en forma expresa estos delitos improprios de omisión, y que ha de existir en éstos una relación especial entre cierto omitente y el resultado, la que consistirá en que este último no se habría producido de haberse realizado la acción debida por el omitente que tenía la obligación de impedirlo (sobre

⁹⁸ Más adelante refutaremos esta afirmación de Jescheck (ob. cit., vol. II, p. 828).

En nuestro *Curso* antes citado, ps. 344 a 346, fundamentamos la naturaleza del delito de comisión por omisión en la violación de una norma prohibitiva.

diferencias entre delitos propios e improprios de omisión, ver el cap. XVIII, n° 101).

De lo anterior se desprende que es precipitado e insuficiente conformarse con una mera conexión de un resultado externo con una omisión (aunque se haga alguna referencia al deber de garante), para concluir que nos hallamos en presencia de un delito impropio de omisión. Para que haya delito impropio de omisión es necesario que el resultado externo haya podido existir *únicamente* porque un sujeto cualificado (garante) no cumplió con una obligación concreta de *impedir* ese resultado, repudiado por una norma prohibitiva; por consiguiente, se trata de una conexión muy especial, que no excluye a otras diferentes. Es un error pensar que todo resultado consista en la lesión de un bien jurídico protegido y que derive de no haber sido impedido por un garante; puede haber algunos que lleguen a existir porque un sujeto incurrió en una simple abstención y fue el curso de los procesos del mundo exterior el que los hizo posibles (ver cap. XV).

Podría suceder, por consiguiente, que a una conducta omisiva le fuera conectada por la ley la aparición de un resultado externo, sin que se tratara de esa especial vinculación a que nos hemos referido. En este caso, si bien habría un resultado externo ligado a una conducta omisiva, no existiría materialmente un delito impropio de omisión. Ésta es la solución que corresponde dar, ordinariamente, cuando se citan esos delitos improprios de omisión que se dicen expresamente tipificados por la ley positiva.

Varias son las explicaciones que pueden darse (diversas de la aceptación en ellos de delitos improprios de omisión) en presencia de algunos tipos contenidos en ciertas legislaciones positivas, en los cuales el tipo describe a una conducta omisiva a la cual ha de conectarse objetivamente un resultado externo determinado. En algunos casos podrá tratarse de condiciones objetivas de punibilidad; en otros, de resultados que la ley toma en cuenta para calificar el hecho. Pero, otras veces, puede tratarse de delitos propios de omisión a los cuales la ley añade un resultado para su punibilidad, sin que ese resultado corresponda a aquellos que son propios de un delito impropio de omisión, según una debida caracterización de éste.

62. *Otros argumentos.*

Si Jescheck tuviera razón en su criterio diferenciador, jamás podría ocurrir que se encontrara un tipo penal ligado objetivamente a un resultado externo, realizable mediante omisión, que no constituyera un delito impropio de omisión (al menos, en teoría). Basta una revisión somera de algunas legislaciones para darse cuenta que eso no es así³⁹. Además, nos quedamos con la impresión de que su criterio está decisivamente influenciado por razones dogmáticas derivadas del texto de la legislación alemana y, por ello, inválidas para un plano teórico puro.

³⁹ Ver la nota 39.

A todo lo expresado es posible añadir argumentos de índole práctica que hacen poco recomendable cifrar las diferencias entre delitos improprios y propios de omisión únicamente en que la correspondiente actitud omisiva quede ligada objetivamente a un resultado externo o no, según las exigencias del tipo aplicable. El primero de ellos, nada desdeñable desde el punto de vista de una teoría general bien sistematizada, es que con ello se pierde la posibilidad de asignar una cabida simétrica a los delitos de acción y a los delitos propios de omisión, las dos columnas sustentadoras de una teoría del delito debidamente estructurada; pues en ambos se daría, con el otro criterio, la posibilidad de subdividirlos en tipos de pura actividad o inactividad y en tipos de resultado (aun cuando —como lo hemos explicado— las proporciones se inviertan tajantemente en los respectivos casos). El segundo, mira a abrirle paso a la radical solución, propuesta por Busch y aceptada por Armin Kaufmann, para las gravísimas dificultades que promueven los delitos improprios de omisión: ¡si estos hechos punibles presentan tantos y tan difíciles problemas a la teoría penal, eliminémoslos, convirtiéndolos a todos en delitos propios de omisión mediante una tipificación adecuada!

63. *Razón de ser de los delitos improprios de omisión.*

Un aspecto muy importante para la mejor comprensión del delito impropio de omisión se encuentra en que éste surgió históricamente por necesidades jurídicas no satisfechas debidamente por la ley po-

sitiva. Fue la insuficiencia de los tipos penales para recoger ciertas actitudes pasivas de sujetos obligados a impedir algunas lesiones a los bienes jurídicos, vulnerantes de la prohibición de lesionarlos, sumada a una conciencia general de que tales actitudes debían ser sancionadas en forma equivalente o casi equivalente a los delitos de acción correspondientes, lo que llevó a la doctrina y a la jurisprudencia a ocuparse de fundamentar una solución para que ellas pudieran ser reprimidas también penalmente. Por su propia naturaleza el delito impropio de omisión fue siempre un hecho punible carente de tipificación expresa. Pero toda esa fundamentación y toda la complicada elaboración teórica originada a su respecto, dejarían de tener interés alguno si la ley se ocupara de penar expresamente esas actitudes pasivas en cada caso y de señalar, de modo igualmente expreso, a los omitentes que están obligados a actuar en cada uno de ellos. De ocurrir tal cosa, todo volvería a restituirse a las ideas básicas esenciales que sólo distinguen entre delitos de acción y omisión, y estos tan peculiares delitos impropios de omisión se convertirían en otros tantos delitos propios de omisión. Todos los problemas que en tal caso se suscitarían habrían de ser resueltos mediante interpretación de los nuevos preceptos legales y de los claros y sencillos principios generales supletorios (sobre consecuencias de una tipificación expresa, ver cap. XVIII, n° 101).

64. *Balance sobre el debate.*

El criterio que sustentamos, en lo relativo a delimitación material entre delitos propios e impropios de omisión, ha sido defendido también por Maurach, quien asevera que lo decisivo en ese aspecto no se halla en la redacción del tipo, sino en la norma de mandato o de prohibición. En su concepto, la única diferenciación metodológicamente clara es el mandato, en el caso de delito propio de omisión, y la prohibición, en el caso de delito impropio¹⁰⁰.

Comprendemos las enormes dificultades de esta materia en todo su alcance y valoramos el esfuerzo de Jescheck para sobrepasarlas. Pero, con todo lo difícil que es el punto, creemos que el enfoque que hace ese distinguido penalista no es el apropiado y conduce a confusiones. Esto no significa que veamos en nuestra explicación una solución apodíctica, pues en esta materia interfieren simultáneamente principios teóricos, soluciones dogmáticas y hasta recomendaciones prácticas, las cuales, a veces, se superponen y, no pocas, hasta se entrecruzan, oscureciendo aún más el problema.

En suma: estimamos admisible, desde un punto de vista práctico, el criterio diferencial que aceptan Welzel, Kaufmann y Baumann, según el cual son delitos propios de omisión aquellos que están expresamente tipificados por la ley como hechos omisivos, mientras que son delitos impropios de omisión aquellos que se construyen sobre la base de tipos de

¹⁰⁰ R. Maurach, ob. cit., p. 264 (§ 45, I, C, 2).

acción que no los contemplan de manera expresa y que pueden ser atribuidos a un reducido grupo de omitentes en virtud de consideraciones que, en buena parte, son exclusivamente doctrinales.

Caracterizados de la manera expuesta, toca preguntarnos cuál es la ubicación sistemática que corresponde a los delitos impropios de omisión dentro de la estructura general de la teoría del delito.

65. *Ubicación sistemática de los delitos impropios de omisión.*

Maurach sostiene con énfasis la total autonomía de los delitos impropios de omisión respecto de los delitos propios, negando una posible unidad, puesto que a ella se opondría la clara diferencia entre sus presupuestos, estructura y efectos jurídicos¹⁰¹. No obstante, este autor, al igual que la generalidad de los penalistas, trata de los delitos impropios de omisión junto con los delitos propios, en un capítulo común que lleva por título "El delito de omisión".

Con menor claridad procede Wessels, el cual comienza por presentar como "formas fundamentales de conducta humana" a las de acción y de falta de actividad, para, luego, hacer distinción entre "delitos de comisión y delitos de omisión" y terminar en que estos últimos "se dividen en dos grupos estructuralmente diferentes: delitos propios e impropios de omisión"¹⁰².

¹⁰¹ Ob. cit., p. 262.

¹⁰² J. Wessels, *Derecho Penal*, Parte general (traducción de C. Finzi de la 6ª ed. alemana de 1976), Depalma, Buenos Aires, 1980, ps. 10 y 208.

Armin Kaufmann, en cambio, declara a los delitos impropios de omisión una variedad de los delitos propios de omisión, desvinculándolos en forma plena de los delitos de acción¹⁰³.

Creemos que esas tesis olvidan importantes aspectos de los delitos impropios de omisión. Como lo hemos explicado, esta clase de delitos está constituida objetivamente por la no realización de movimientos corporales que podrían evitar la lesión de un bien jurídico penalmente protegido. Este aspecto nos muestra que en ellos está presente una omisión. Pero, al mismo tiempo, ellos exigen que haya una conexión objetiva entre esa actitud y la lesión del bien jurídico que les es imprescindible. En este último sentido, está presente en ellos un elemento que es propio de un quebrantamiento de norma prohibitiva, al igual que en un delito de comisión. De esto podemos deducir que es más acertado pensar el delito impropio de omisión como una estructura autónoma que ostenta características parciales de los delitos de acción y de los genuinos delitos de omisión, a la que corresponde situar en un lugar propio, como híbrido equidistante de estas otras formas delictivas. En verdad, en el delito impropio de omisión se mezclan elementos correspondientes a los antitéticos delitos de acción y de omisión simple, sin predominio claro de ninguno que permita plegarlo a unos o a otros. No obstante, más por razones de

¹⁰³ Armin Kaufmann, ob. cit., ps. 240, 275 y 276. El mismo criterio sostiene Welzel en ob. cit., p. 289.

denominación que sustanciales, es tratado, ordinariamente, como especie de un género inexistente¹⁰⁴.

En la parte final de este estudio propondremos un cuadro sinóptico de las variadas formas en que se presentan los hechos punibles, desde el punto de vista de su realización, el que puede ayudar a visualizar mejor nuestra posición¹⁰⁵.

66. Mayor relieve teórico de los delitos propios de omisión.

En la doctrina penal es frecuente que se conceda mucho mayor espacio al tratamiento del delito impropio de omisión, en relación con el que se destina al delito propio de omisión. Para comprobarlo, basta la mera revisión de cualquier tratado general de Derecho Penal¹⁰⁶. Esto podría justificarse tan sólo por lo embrollado de los tropiezos que aquél ofrece, porque no puede dudarse que el delito propio de omisión tiene mucho mayor relieve teórico por su pureza, diafanidad y utilidad para una confrontación con el delito de acción, como medio de unificar

¹⁰⁴ Es lo que sucede, también, en el presente estudio. En tal sentido y para situar las cosas en debido lugar, sería preferible designar a los delitos impropios de omisión con su título tradicional de delitos de comisión por omisión.

¹⁰⁵ De este modo procuraremos permanecer fieles a nuestro declarado propósito de simplificación de las explicaciones teóricas.

¹⁰⁶ Bacigalupo, en su ob. cit. en nota 37, dedica 4 páginas a los delitos propios y 15 a los impropios; Maurach destina 2 a los primeros y 8 a los segundos; Mezger, menos de 4 a los primeros y 20 a los segundos; y Welzel, 5 a los primeros y 27 a los segundos. Baumann reconoce en forma explícita (ob. cit., p. 138) que dedica mayor atención a los delitos impropios de omisión.

las estructuras de ambos. Es el delito propio de omisión el que puede proporcionar impulso efectivo a una revisión moderna de la teoría general del delito, aportando elementos nuevos para una elaboración más completa y para una comprensión más correcta de ella. Por nuestra parte, hemos hecho un esfuerzo para restablecer proporciones y para dejar sentadas, como aspecto primordial, las bases de los genuinos delitos de omisión; todo ello dentro de nuestro propósito de simplificación de la teoría¹⁰⁷.

Concluamos agregando que en cuanto el delito impropio de omisión reconoce elementos que corresponden a una actitud omisiva, puede aprovechar para su conocimiento y mejor intelección algo de lo desarrollado para los delitos propios de omisión. Sin

¹⁰⁷ Dentro de nuestro propósito simplificador hemos optado por eliminar de este estudio lo concerniente a supuestos "delitos de omisión por comisión", que gozan de la simpatía de varios penalistas modernos, entre ellos, Roxin (ob. cit. en nota 52, ps. 226 y ss.) y K. H. Gössel (*Sobre el estado actual de la teoría de la omisión*, en "Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal", año II, nº 3, 1981, p. 19). Dentro de ese concepto se agrupan hechos variados, en algunos de los cuales podrían apreciarse formas de participación en hechos omisivos, desistimiento al revés y, principalmente, acciones dirigidas a hacer imposible el salvamento de bienes jurídicos amenazados de grave riesgo. Pensamos que en cuanto se trata de comportamientos activos que originan la lesión de bienes jurídicos, impiden que éstos queden indemnes u obstruyen acciones salvadoras ajenas, pueden ser incorporados sin grandes dificultades dentro de la categoría de delitos de comisión y regirse por las reglas de éstos. Armin Kaufmann es contrario a la admisión de esta clase de delitos (ob. cit., p. 230).

Parte considerable de la doctrina moderna es partidaria de calificar como delitos de comisión a estos "delitos de omisión por comisión", en los casos en que un tercero realiza acciones positivas tendientes a frustrar el salvamento de bienes jurídicos, con algunos matices. Ver Mezger, ob. cit., p. 285; Welzel, ob. cit., p. 281; Wessels, ob. cit., p. 211, y Jescheck, ob. cit., vol. II, p. 831.

duda se halla en este caso el material que se contiene en los capítulos VIII y IX precedentes. Por cierto que existen, también, explicaciones provenientes de los delitos de acción que pueden ser utilizadas para una mejor comprensión de él, especialmente todo aquello que concierne a la llamada "causalidad" (ver cap. XIV).

CAPÍTULO XIII

LA POSICIÓN DE GARANTE

67. Reducción de los sujetos que pueden cometer delito impropio de omisión.

Si el delito impropio de omisión está caracterizado por el hecho de que en él no se impide la lesión de un bien jurídico amparado por una norma prohibitiva y si ese no impedir no puede ser imputado a cualquier ciudadano sino únicamente a aquellos que, en virtud de su especial proximidad con tal bien, se hallan en la obligación jurídica de proporcionarle una protección activa, las reglas apropiadas para fundamentar y determinar esa obligación asumen importante jerarquía dentro del estudio de ese delito.

La reducción de los sujetos a los cuales puede ser imputado el no impedir un resultado prohibido, debe ser efectuada, obviamente (pese a que frecuentemente se olvide), a partir del grupo de sujetos que, conforme al tipo correspondiente, pueden quebrantar la misma prohibición mediante su actuar. Esta reducción reconoce su fundamento, en última instancia, en un principio de libertad de los ciudadanos, conforme al cual éstos son libres para comportarse como lo deseen, a menos que su comportamiento constituya, de manera patente, una trasgresión normativa. Por ello, así como una conducta activa debe

estar expresamente prohibida para originar responsabilidad jurídica, así también la actitud omisiva debe hallarse taxativamente desaprobada, para el mismo objeto, aun cuando ella derive a una violación de prohibición.

Para examinar los fundamentos, alcances y formas de dicha reducción, es necesario establecer el significado preciso de la "posición de garante".

68. *El llamado a impedir una lesión.*

La posición de garante está constituida, esencialmente, por un llamamiento selectivo e imperativo, jurídicamente obligatorio, que pesa sobre alguien que asume la prevención de un riesgo; ella implica la exigencia de resguardar activamente los bienes jurídicos amparados por norma prohibitiva.

Está en posición de garante todo aquel sobre el cual recae la obligación jurídica de impedir un resultado prohibido (antijurídico). Nótese que se trata de una exigencia de proceder *activamente* para conjurar la lesión del bien jurídico, por lo cual, en definitiva, se impone al garante *la obligación de salvar* el bien jurídico amenazado. Y es solamente el incumplimiento de esta obligación extremada la que llega a permitir la equiparación de una actitud omisiva con una conducta activa de realización del tipo correspondiente, según una correcta doctrina de los delitos impropios de omisión¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Nótese la diferencia que existe entre quien se halla en posición de garante y está obligado, por ello, a la protección de ciertos bienes jurídicos ajenos, y quien obra en legítima defensa propia o ajena. Este

Por consiguiente, quien asume posición de garante se halla en una condición jurídica muy especial: pesa sobre él la necesidad de intervenir activamente y de poner de su parte todo lo que sea posible para impedir el resultado prohibido. Él queda convertido en un protector activo, cuya obligación no se satisface con un mínimo, sino que debe llegar al extremo de sus posibilidades. Esto explica las palabras de Sauer, para quien el garante debe prevenir, ayudar, instruir, defender, proteger, etc.¹⁰⁹.

69. *La obligación jurídica de actuar y su delimitación.*

La doctrina moderna acostumbra designar como "deber jurídico de actuar" a esta obligación del garante de impedir activamente el resultado prohibido. La denominación nos parece propensa a confusión y por ello vamos a esclarecer previamente algunas ideas.

Hemos hablado del "deber jurídico" como una categoría jurídica general, opuesta al muy amplio concepto de "derecho subjetivo", y hemos arrancado el origen de tales deber y derecho de la existencia

último reacciona ante una determinada agresión ilegítima de un tercero, mientras que el que obra como garante debe impedir activamente cualquier lesión que amenace a un bien jurídico penalmente protegido que se halle a su cargo o que provenga de una fuente de peligros que él debe asegurar. Además, la legítima defensa constituye un derecho, y no una obligación de quien se defiende, salvo que se trate de dar adecuada respuesta en calidad de garante.

¹⁰⁹ W. Sauer, *Derecho Penal* (traducción de J. del Rosal y J. Cerezo), Bosch, Barcelona, 1956, p. 156.

de normas jurídicas de mandato y de prohibición, respectivamente (ver, especialmente, capítulos II, n° 5; IV, n° 10; V, n° 12).

Es evidente que al tratar del garante y de su obligación de proteger activamente el respectivo bien jurídico, no podemos dar a ese "deber jurídico de actuar" el mismo significado que le asignamos anteriormente. Este nuevo "deber jurídico de actuar" (propio de un garante) pertenece a un ámbito jurídico diverso y está situado, incluso, en un rango conceptualmente inferior a aquel "deber jurídico" tan general al cual nos hemos referido inicialmente.

El deber equiparable a un derecho (como categoría jurídica) corresponde, desde el punto de vista de la teoría general del Derecho, al efecto que sobre los destinatarios de las normas jurídicas generales tiene una norma específica de mandato. Esta norma impone a todos sus destinatarios el deber de hacer algo. En cambio, este otro deber de actuar, al cual empezamos a referirnos a propósito de la posición de garante, es un deber que está restringido tan sólo a aquellos sujetos que están muy estrechamente vinculados a determinado bien jurídico, al punto que deben protegerlo activamente. Este deber está destinado a servir como reductor de aquellos que han de asumir la posición de garante en relación con los delitos impropios de omisión. Se trata, por consiguiente, de una especie de *subdeber*, con alcance muy específico y sin otra implicancia que la delimitación del concepto altamente especializado de delitos impropios de omisión. Corresponde, pues, a

un área muy localizada, dentro de una de las ramas jurídicas: el Derecho Penal.

De lo expuesto se infiere que la restricción de los autores posibles de un delito impropio de omisión queda establecida por ese subdeber o deber de segundo grado, al cual preferimos designar como "obligación de actuar", y no por el deber jurídico general impuesto por las normas básicas de mandato.

Es por ello que hemos estado empleando hasta ahora, deliberadamente, dicho nombre de "obligación de actuar", ya que mediante un recurso puramente verbal (que podría ser difícil trasladar a algunos idiomas) queremos marcar la diferencia que existe entre ambos. Llamamos *deber* a esa categoría jurídica básica y general que se contrapone, en cierta forma, a derecho; en cambio, llamamos *obligación* de actuar a aquella idea que surge dentro de la problemática específica de los delitos impropios de omisión y que sirve para restringir el ámbito de los garantes. También podría denominarse, para estos solos efectos diferenciales de que ahora nos ocupamos, deber de primer grado al primero y deber de segundo grado al que ahora nos ocupa.

70. *Nuestro desacuerdo con Jescheck.*

Lo que acabamos de explicar justifica nuestra sorpresa cuando Jescheck declara enfáticamente que "*todos los delitos de omisión, sean propios o impropios, constituyen infracciones de normas preceptivas*"¹¹⁰. En esas palabras, salvo que las comprenda-

¹¹⁰ Ob. cit., vol. II, p. 828.

es, aquellos que son apropiados para dar una certera visión de conjunto.

Ante todo, dejemos claramente establecido que va a estar en posición de garante, siempre, un número de omitentes harto inferior al de quienes, conforme a las exigencias del tipo concreto, hayan de ser tenidos como autores de él.

Tradicionalmente, el examen de la posición de garante quedó limitado al esclarecimiento de las fuentes en las cuales se originaba la obligación jurídica de actuar con el fin de impedir un resultado prohibido. Esas fuentes, según consenso bastante amplio de la doctrina penal, fueron circunscritas a tres: la ley, la especial aceptación y un hacer peligroso precedente.

Indiscutiblemente la ley puede imponer una obligación de actuar a ciertos sujetos; así lo hace, por ejemplo, cuando hace recaer sobre los padres la crianza y el cuidado de los hijos menores, fuente de la que nace, en lo jurídico, la obligación de aquéllos de proteger activamente a éstos y de impedir todos los males que puedan sobrevenir a su vida, a su salud, a su educación, etc.

La especial aceptación, llamada por algunos "asunción voluntaria de custodia", es también apta para generar ciertas obligaciones de protección, cual ocurre con un profesor de natación, con un guía de montañas o con una niñera. Algunos hablaron, originalmente, de "contrato", exigiendo, con ello, un compromiso expreso y jurídicamente válido, mediante el cual alguien tomaba a su cargo la protección de otro. Pronto se advirtió, sin embargo, que

no era indispensable un acto jurídico formal y que tampoco podía admitirse que defectos legales de éste pudieran afectar su validez o su vigencia, excluyendo la garantía, si de hecho el encargado de la custodia había aceptado asumirla y si los afectados podían confiar en que ella estaba siendo dispensada.

El hacer peligroso precedente vino a incorporar a las dos fuentes anteriores, conocidas ya desde la época de Feuerbach, una nueva y ya no tan segura obligación jurídica de obrar, por cuanto se admitió que quien había originado previamente una fuente de peligro o una situación de riesgo que acentuara la amenaza contra el bien jurídico, debía asumir el control de esos peligro y riesgo en forma de mantener indemne a ése. Este caso corresponde al ejemplo de quien embriaga a otro hasta hacerle perder la razón, pues con ello queda obligado a prevenir cualquier mal que el embriagado pueda ocasionarse a sí mismo o a otros mientras permanezca en ese estado.

Otros penalistas, aparentemente urgidos a ensanchar cada vez más la obligación de actuar, quisieron proponer como nueva fuente de ésta a algo que muy vagamente denominaron "estrecha relación vital" o "comunidad de vida y de peligro", estimando que debían quedar cubiertos también algunos casos que no podían fundamentarse satisfactoriamente en las tres fuentes anteriores y que eran producto de formas inevitables y a veces nuevas de vida social, como sería, por ejemplo, una comunidad de vida de homosexuales (para acudir a un ejemplo extremo). Esta nueva fuente obligaría también "ju-

ridicamente", a adoptar precauciones destinadas a proporcionar seguridad a otros.

Afortunadamente esta idea no se ha difundido, pues su imprecisión amenaza aún más seriamente las bases de legalidad del Derecho Penal (el que debe estar sólidamente establecido sobre claras y nítidas bases legales previas) de lo que ya lo hace el resto del desarrollo puramente doctrinal de los delitos impropios de omisión¹¹⁴.

73. *En busca del contenido de la obligación de actuar.*

Debido a la poderosa influencia de la decisiva obra de Armin Kaufmann, en los últimos años se observa una tendencia dirigida a restar importancia a las fuentes de la obligación jurídica de obrar, por ser excesivamente formales y por hallarse orientadas muy unilateralmente a las causas de la obligación jurídica, para conceder primacía, en cambio, al contenido mismo que está envuelto en esta obligación, determinado según la relación del omitente con el bien jurídico que debe ser protegido en el caso concreto.

Kaufmann, al indagar los criterios materiales que podían determinar la obligación de actuar, observó que el omitente podía encontrarse, para los fines de un delito impropio de omisión, en dos situaciones diversas: o bien, colocado en una función que le impone la obligación de proteger determinados

¹¹⁴ Zaffaroni, ob. cit., p. 391, califica de complicada a esta fuente y piensa que ella puede constituirse en factor de incertidumbre.

bienes jurídicos contra toda clase de ataques¹¹⁵ (función de protección), o bien, llamado a vigilar una determinada fuente de peligro, sin importar los bienes jurídicos concretos amenazados por ella (función de vigilancia). En el primer caso se presenta una relación directa del garante con una persona a la cual debe custodia y a la que debe preservar de daños, y en el segundo el nexo se da con una fuente de peligro capaz de amenazar a variados titulares de bienes jurídicos y se convierte en un deber de aseguramiento ante los peligros que ella genera (este segundo caso no debe ser confundido con el tercer grupo de delitos propios del cap. V, n° 15).

74. *Rechazo del bizantinismo en la materia.*

Para la tarea que hemos asumido, la que no va más allá de indicar los fundamentos de los delitos de omisión, no tiene sentido entrar en el examen detallado de las profusas y minuciosas explicaciones que en cada caso o situación va proporcionando la torrencial literatura aparecida al respecto. Nos basta con fijar los criterios básicos y con sentar los principios generales. Desearíamos, además, mostrar de este modo nuestro desapego con esta tendencia y nuestro anhelo de que no prosiga ese exacerbado análisis, capaz de forjar incontables pretendidos principios para cada situación diversa y de multi-

¹¹⁵ Nótese aquí la presencia de una ambigüedad: ¿se trata de la protección de un determinado bien jurídico o de la protección de un determinado titular de bienes jurídicos?

plicar éstos hasta el infinito, en una postura que es la antítesis de una correcta consideración teórica.

Es importante agregar que se advierte, actualmente, una inclinación bien perceptible a mantener tanto el criterio supuestamente *formal* de las fuentes de la obligación de actuar, como el de contenido *material* que ciñe a esa obligación¹¹⁶. Gössel recomienda “combinarlos” y Jescheck propicia una “unión” de ellos. En ambos casos, se multiplican los enfoques, pues cada criterio material puede ser subdividido mediante los criterios formales¹¹⁷.

Por nuestra parte creemos que tiene más interés, que la búsqueda bastante empírica que se practica por estas vías, el establecer criterios generales aptos para conocer más a fondo las razones que explican la obligación de actuar del garante y para dar forma en el futuro a preceptos legales más completos que los que hasta ahora se han dictado. Cualquier otro camino no conduce sino a un justificado aumento de las críticas que merecen los delitos impropios de omisión, por su apartamiento del principio fundamental de la legalidad del Derecho Penal.

Una manera de formular esos principios podría ser la siguiente: tiene la obligación jurídica de actuar para impedir una lesión a bienes jurídicos ajenos quien haya asumido una posición especial que le impone su defensa o quien haya creado una

¹¹⁶ Es harto discutible que se pueda denominar fuentes “formales” a algunas como la ley y la especial aceptación, siendo que en ellas puede reconocerse potencialidad jurídica suficiente como para generar una obligación. La duda comienza con las demás, debido a su precario apoyo en los principios jurídicos.

¹¹⁷ Gössel, ob. cit., p. 26, y Jescheck, ob. cit., vol. II, p. 856.

fuente de peligros para ellos o aumentado los peligros ya existentes; todo ello con el fin de evitar que pueda producirse una lesión debida a que los afectados están imposibilitados para protegerse a sí mismos, o disminuyeron o eliminaron sus precauciones, o suprimieron un aparato de seguridad ya existente, o renunciaron a otras medidas de resguardo, confiados en que aquel sobre quien recae la obligación, intervendría activamente para impedir la lesión¹¹⁸.

Lo que corresponde confirmar es que, tratándose de la represión penal, las meras deducciones o inferencias teóricas, por sólidas y bien fundadas que pudieren parecer (y ya se ha visto que no es el caso), no son suficientes, porque todos los supuestos de la aplicación de una pena deben estar indicados por la ley en forma clara y taxativa (volveremos sobre esto en el cap. XVI, n° 90).

75. Ideas complementarias.

Para concluir este capítulo, agreguemos tres ideas útiles:

¹¹⁸ La incertidumbre de esta clase de principios generales de origen doctrinal queda demostrada con los esfuerzos que hace Jescheck para delimitar su campo hasta donde sea posible. Son precisamente las reglas que él propone las que denuncian la vaguedad y la discrecionalidad de los límites propuestos. Así, él demanda que se origine un “peligro próximo (*adecuado*) de producción del daño”; que el comportamiento haya sido “*objetivamente contrario al deber* (aunque no sea culpable)”, y que la perturbación sea “lo suficientemente importante” para que “según las *convicciones jurídicas* de la colectividad” parezca posible hacer responsable al perturbador. Dejamos constancia que estos criterios son establecidos por Jescheck cuando trata del deber emanado de un hacer precedente peligroso (ver ob. cit., vol. II, ps. 859 y 860).

a) Todo lo concerniente a los presupuestos de hecho que configuran un delito impropio de omisión, incluido lo que mira a las bases fácticas de la obligación de actuar, pertenece al tipo; en cambio, tocan a la antijuridicidad la verificación de la prohibición de lesionar bienes jurídicos y la existencia de la obligación de actuar por parte del garante¹¹⁹.

b) Quien tiene obligación de actuar, por asumir posición de garante, podría transferir su obligación a otro y excluir su propia responsabilidad, siempre que ello no le esté prohibido y que el otro ofrezca las mismas garantías reales que él podía poner a disposición de los afectados¹²⁰.

c) No es posible deducir una obligación de garantía de la situación típica propia de un delito propio de omisión. Por ello es que quien incurre en responsabilidad penal por el tipo de omisión de socorro, por ejemplo, no puede ser tenido como garante por cuya omisión de actuar el hecho haya de ser sancionado a título de delito impropio de omisión¹²¹.

¹¹⁹ Cfr. Baumann, ob. cit., ps. 143 y 146.

¹²⁰ Cfr. Jescheck, ob. cit., vol. II, p. 857.

Esta idea, puramente teórica, no excluye que la ley, por razones de política criminal, impida a un dirigente de empresa eludir su responsabilidad para hacerla recaer sobre un simple subalterno.

¹²¹ Cfr. Gössel, ob. cit., ps. 28 y 29; Welzel, ob. cit., p. 287, y nuestro *Curso* citado, vol. I, ps. 255, 265 y 346.

CAPÍTULO XIV

OMISIÓN Y CAUSALIDAD

76. *Antecedentes.*

La historia de los delitos de omisión nos muestra cómo parte importante de las dificultades teóricas que ellos ocasionan fueron relacionadas originalmente con problemas concernientes a una vinculación que debería existir entre el no cumplimiento de una acción debida y efectos materiales que pretendidamente podían derivar de ese no cumplimiento (ver cap. I, n° 1). La gran meta para una mejor comprensión de los delitos de omisión pasó a ser, así, resolver cómo un no-hacer podía dar lugar a un resultado externo que constituyera un desvalor para la ley (la llamada causalidad). Las suposiciones que servían de base a ese planteamiento eran equivocadas en su mayor parte, por lo que todo concluyó en una notoria multiplicación de los escollos y en un aumento notable de la confusión¹²².

Nos proponemos revisar esta cuestión a partir de sus premisas más simples, con el fin de poder

¹²² Acerca de las sucesivas y diversas posiciones doctrinales puede verse: Bacigalupo, ob. cit. en nota 4, ps. 22 y ss.; Maurach, ob. cit., ps. 271 y 272; Jescheck, ob. cit., vol. II, ps. 851 a 854; Mezger, ob. cit., ps. 285 y 286, y G. Maggiore, *Derecho Penal*, Temis, Bogotá, vol. I, ps. 347 y ss.

mostrar el error y la inutilidad de tanto esfuerzo mal encaminado.

Lo que anticipamos en el cap. IX sobre objeto y efectos del delito, nos ayuda a situarnos en el punto de partida correcto: aquí hemos de ocuparnos de los efectos materiales del delito, esto es, de aquellos que se hacen realidad en el mundo físico externo al delincuente y que son perceptibles por los sentidos¹²³. De los efectos jurídicos del delito nos hemos ocupado ya en dicho cap. IX.

Es preciso advertir que en una materia como los delitos de omisión, tratada de manera tan variada por la doctrina, las referencias que hemos de hacer a opiniones que se han vertido sobre causalidad, no pueden ser comprendidas en todo su alcance sino encuadrándolas dentro del concepto de omisión que sostenga el correspondiente penalista. Sin saber si éste opta por negar existencia real (natural) a la omisión, si entiende que ella es una especie de aquellas que abrazan el concepto genérico de conducta, si se declara adepto a una consideración de la omisión como una noción jurídica (valorativa) o jurídico-social, etc., no podemos captar cabalmente el sentido de aquellas opiniones. En la imposibilidad de exponer toda la gama de anárquicas tesis sostenidas, porque con ello habríamos de renunciar a la exposición sencilla y breve que nos hemos propuesto, nos limitamos a llamar la aten-

¹²³ Es a estos efectos materiales del delito a los cuales conviene mejor la expresión "resultado"; en cambio, ésta no se ajusta adecuadamente a los demás efectos, que son los jurídicos, anteriormente analizados.

ción a lo que acabamos de decir, con el fin de evitar errores de comprensión.

La cuestión de la causalidad queda situada dentro de los delitos impropios de omisión, porque es en ellos donde tiene su inserción práctica normal. Esto no implica negar que ella envuelve un problema teórico que trasciende el ámbito de los delitos impropios de omisión, pues se proyecta a la importante cuestión de si un no-hacer puede ser causa de un cambio en el mundo circundante.

Para que pueda apreciarse hasta qué punto la historia de los delitos impropios de omisión está íntimamente vinculada con el tema de la causalidad, indicamos, a continuación, un resumen de ideas expuestas por antiguos penalistas con el fin de explicar esa supuesta relación causal.

Algunos propusieron que se buscara la causa, no ya en el no-hacer del omitente, sino en lo que éste hacía realmente (diverso de lo debido) mientras incurría en omisión de la conducta impuesta por la norma correspondiente. Como la omisión envuelve el no-hacer algo bien determinado, y no una mera pasividad, la causa de cualquier resultado exterior lesivo de algún bien jurídico, previsto concomitantemente por el tipo, debería ser hallada en la acción que efectivamente realizaba el omitente mientras desobedecía el mandato (así opinó, entre otros, Luden). Esta tesis, aparte de prescindir de lo que sostenemos acerca de la existencia de causas y factores ajenos al comportamiento del sujeto, era jurídicamente insostenible. Pues de tener ella razón, habría de reconocerse la existencia de una conducta comisiva no tipificada (aquella diversa de la debida) de la cual derivaban los resultados lesivos del ordenamiento jurídico. En tal caso, obviamente, dicha conducta comisiva y sus resultados propios de-

bían quedar fuera del ámbito penal por falta de tipificación apropiada.

Muchos recuerdan la reacción de Krug ante esta propuesta: según ella, la causa de la muerte de la pequeña criatura a la cual su madre no alimenta, debía encontrarse, entonces, en ... ¡tejer calcetas! ..., debido a que la madre hacía tal cosa en lugar de dar alimento a su hijo.

Otros propusieron que la causa de los resultados injustos podía ser encontrada, no en el comportamiento del omitente en el momento de consumir su omisión, sino en la acción inmediatamente precedente que él realizó. Tal fue el parecer de Glaser, Merkel y Krug. Pero con esta solución tampoco podía resolverse apropiadamente la dificultad (la cual consiste —en definitiva— en demostrar cómo un no-hacer puede convertirse por sí mismo en causa de ciertos resultados); al contrario, creaba un problema nuevo, a saber: cómo y por qué un comportamiento activo precedente del sujeto (el cual sólo posteriormente va a desobedecer un precepto que le impone un actuar) podía ser identificado con esta omisión posterior y podía atraer hacia sí efectos antijurídicos que aparentemente se presentan como vinculados a la omisión subsecuente. Lo lógico, dentro de una apreciación de esta clase, sería hablar de una acción precedente con resultados materiales propios, jurídicamente reprobables, la cual se supondría consumada inmediatamente antes del hecho omisivo. Pero, así considerada, no podía tener alcance penal por falta del correspondiente tipo de acción. A lo anterior debe agregarse que dentro de tesis de esta clase también podría entenderse que se interponía inmediatamente antes del tipo omisivo una especie de delito de peligro (apto para ser relacionado con los resultados antijurídicos siguientes), sin que los preceptos correspondientes, alusivos tan sólo a un omitir, dieran respaldo a esa pretensión.

Hubo otras explicaciones más, que encontraron el favor de otros penalistas. Como ellas complicarían inútilmente lo

que es suficiente para una proposición correcta del asunto, preferimos abstenernos de exponerlas, salvo algunas, especialmente seleccionadas por su utilidad para obtener un cuadro completo de la dificultad, a las cuales nos referimos *infra*¹²⁴.

77. *El error básico del planteamiento causal.*

El primer equívoco con que nos encontramos al establecer las bases para el estudio del problema, está en suponer o entender que para el Derecho Penal, en general, y para la teoría jurídica del delito, en particular, lo que interesa es establecer una relación de causa a efecto entre la conducta del delincuente y las consecuencias físicas externas que se vinculan a ella (efectos materiales del delito).

Tal suposición es incorrecta, y para desvanecerla comencemos por esclarecer el punto en lo relativo a los delitos de acción, en los que es más fácil advertir el error.

Muchos tipos de acción¹²⁵ señalan dentro de sus descripciones determinados resultados materiales que aparecen como consecuencia de la actividad tipificada (muerte de un hombre en el homicidio; adulteración documental en la falsificación de documento; pérdida de la posesión en el hurto; destrucción por el fuego en el incendio; etc.). No se puede dudar de que en esos tipos está subentendida una

¹²⁴ Por cierto que no son éstas las únicas tesis que procuraron resolver las dificultades de la omisión por medio de la causalidad.

¹²⁵ Concordamos con Maurach en que el problema del llamado vínculo o relación causal pertenece al tipo, y no a la conducta, como equivocadamente lo supuso Mezger.

determinada conexión objetiva (perteneciente al mundo físico) entre la actividad del agente y el o los resultados que ella origina. Es allí donde se plantea como solución esclarecedora la mal llamada "relación causal". Mediante ésta se procura circunscribir y relacionar, dentro de los hechos materiales que derivan de la conducta, aquellos que están captados por el tipo como verdaderas consecuencias de una determinada actividad humana. Por cierto que esta hipotética relación causal es ajena a los delitos de acción de mera actividad, en los que la descripción típica está reducida a un puro movimiento corporal del sujeto activo, razón por la cual en ellos no podría aparecer reclamada ninguna alteración del mundo exterior diferente de ese movimiento corporal¹²⁶.

Para algunos penalistas, acogidos a una tesis que consideramos errónea, en los tipos de resultado, la actividad corporal del agente ha de ser tenida como genuina causa del resultado típico; esto significaría que ese movimiento corporal ha de ocasionar, por su propia virtud, ese resultado. "Causalidad" significa, en efecto, aquella estrecha relación de producción y de origen que hace que de algo surja, por la fuerza de su poder inherente, otro algo nuevo en el mundo de los fenómenos físicos, que es lo que

¹²⁶ El hecho de que el tipo se restrinja al movimiento corporal del agente, sin referirse a ningún resultado material ajeno a ese movimiento, no significa que *de hecho* tal movimiento corporal no pueda producir en el mundo exterior uno o más cambios. Pero estos cambios, al no ser recogidos en el tipo, ha de tenerse por inexistentes para los fines del análisis jurídico.

se tiene por efecto. "Causar" equivale, pues, a originar primordialmente un resultado, en condiciones de exclusividad y de autonomía respecto de otros factores que pudieran intervenir¹²⁷.

Sin embargo, con la sola excepción de tipos que puedan contener una clara inferencia en contrario, el nexo objetivo que ha de existir en los delitos de acción entre el movimiento corporal del agente y el cambio del mundo exterior, no puede ser confundido con una verdadera relación de causa a efecto, si entendemos por causa aquello que tiene *por sí mismo* la virtud de generar un efecto, y, por efecto, lo nuevo que se origina de aquella causa, tanto en el campo material como inmaterial (si bien ya hemos advertido que aquí nos estamos ocupando únicamente de los efectos materiales de la conducta típica).

Basta proponer la cuestión en estos términos para darse cuenta que, conforme a la tesis impugnada, las únicas teorías causales admisibles, entre las numerosas que se disputan el favor de los penalistas, tendrían que ser las de la causalidad necesaria, de la causalidad adecuada o de la causalidad eficiente. La teoría de la equivalencia de las condiciones, la más generalmente aceptada hoy día, es incompatible con tal concepto de causalidad, pues

¹²⁷ En este punto soslayamos una discusión a nivel filosófico que complicaría enormemente el desarrollo. Nos situamos en el terreno del lenguaje y de las ideas comunes, puesto que son ellos de los que el legislador se vale normalmente en sus tipos (con la excepción de aquellos casos en los cuales claramente se propone acudir a nociones especializadas). Por eso prescindimos del análisis de la "causa eficiente", la que ordinariamente se enlaza con esta manera de entender la causa.

ella parte del supuesto de que muchos resultados materiales exigidos por ciertos tipos pueden estar originados por un conjunto de factores o condiciones de muy diversa índole y procedencia, todos los cuales contribuyen a su producción de modo equivalente, puesto que eliminado cualquiera de ellos no llegaría a surgir el resultado correspondiente.

Al Derecho Penal, por su propia teleología, no puede bastarle el concepto de causa propiamente dicho¹²⁸. Lo que el legislador penal se propone con los delitos de acción no es únicamente evitar aquellos cambios o alteraciones del mundo exterior que son generados de manera directa y exclusiva por un movimiento corporal humano, en los casos en que ellos importan un deterioro o menoscabo de una

¹²⁸ Hablamos de un requisito de suficiencia. Es indudable que quien "causa" la muerte de otro (cortándole la cabeza de un hachazo, por ejemplo) ha de ser tenido como quien "mató". Pero las actividades antijurídicas del hombre no siempre son tan simples, esquemáticas o patentes como aquella. Es para esas otras posibilidades que es necesario pensar en una vinculación entre movimiento corporal y resultado mucho más amplia y suelta que aquella que cabe dentro de la expresión "causa".

Hemos de señalar que Jescheck parte de la afirmación de que "en Derecho Penal no puede manejarse sin modificaciones el *concepto filosófico de causalidad*", pues para sus fines (los del Derecho Penal) importa extraer una condición muy determinada "para comprobar si entre ella y el resultado existe un engarce que justifique la imputación de éste al autor como producto de su acción". Concluye que "para afirmar la causalidad de una acción es necesario, por lo menos, que cuente *entre* las condiciones del resultado", y agrega que "para el Derecho Penal lo esencial no es la relación de causa a efecto, sino únicamente la cuestión de si el resultado puede ser objetivamente *imputado* al sujeto desde el prisma de una justa punición". En definitiva, lo que interesa es si hay una *imputación objetiva* (ver ob. cit., vol. I, p. 378).

Por nuestra parte, pensamos que el asunto puede plantearse todavía en una forma más clara y directa. Lo intentaremos.

situación de hecho tenida como valiosa o digna de protección. También interesa al legislador penal el que esos cambios o alteraciones jurídicamente reprochables no se produzcan en forma alguna por medio de la influencia de un actuar humano¹²⁹. "Para decirlo en otras palabras, la ley penal persigue evitar la lesión o el peligro de bienes jurídicos, bien sea que ellos sean el efecto directo de una acción humana que ha obrado como su causa generadora, bien sea que la acción humana no los haya producido directamente, sino que se haya limitado a permitir que se ocasionen por la vía de aprovechar, encauzar o disponer causas externas a ella capaces de originarlos". El que alguien se valga de causas ajenas, aptas para ser encaminadas, con su intervención, al daño o peligro de un bien jurídico, es algo que también corresponde a la represión de un legislador penal. Y en este aspecto, la labor legislativa penal ha de llegar hasta alcanzar aquel punto en que un ser humano pueda "arreglar o disponer las situaciones existentes, los procesos en curso o las fuerzas ajenas a él que operan en el mundo, en forma de que el bien jurídico objeto de protección sea menoscabado o colocado en riesgo de daño"¹³⁰.

"Ésta es la razón genuina por la cual, para fines penales, no puede admitirse otra tesis «causal» que la de la equivalencia de las condiciones, por ser ésta la única que permite cumplir los amplios obje-

¹²⁹ De ello son prueba suficiente los amplios principios que rigen en materia de autoría y de participación criminal.

¹³⁰ Ver nuestro: *Causalismo y finalismo...*, citado en nota 42, ps. 113 a 115.

tivos de la ley penal y alcanzar a todo aquel que haya influido, como factor condicionante, en la producción del resultado típico. Con este alcance deben ser entendidas las expresiones de los tipos que se refieren a este nexo objetivo entre acción y resultado (por ejemplo: dar muerte, ocasionar lesiones, causar daño, etc.). Ésta es, también, la razón por la cual rehuimos la designación de «relación de causalidad» para este problema¹³¹.

Luego, en los delitos de acción, no se exige una verdadera relación de causalidad entre la actividad del agente y el resultado material que pueda señalar el tipo¹³². Pero, tratándose de delitos de omisión, las dificultades se agravan considerablemente.

¹³¹ *Ibid.*

Ver también nuestro *Curso*, I, ps. 285-292 y 299-303.

De lo dicho resulta con claridad que la teoría de la equivalencia de las condiciones no es estrictamente "causal", en el sentido propio de este término. Nos parece más propio hablar de "conexión objetiva" entre movimiento corporal y resultado.

¹³² R. Honig afirma que lo que interesa considerar no es un juicio causal sino un juicio jurídico de imputación, de carácter específico y básicamente distinto de aquél, en que ha de predominar el punto de vista normativo por sobre el naturalista. Sostiene que en ciencia del Derecho la comprobación del nexo causal no es lo único que importa, sino que hay que discutir la calidad determinada del nexo existente entre acción y resultado, lo cual corresponde a exigencias del orden jurídico. Una imputación objetiva depende de los principios generalmente reconocidos de la teoría general del Derecho y es independiente de toda posición filosófica. Tales principios se desprenden de la comprensión de que el Derecho cumple su misión reguladora de conductas mediante prohibiciones y mandatos que se dirigen a la voluntad humana, porque sólo ésta puede ser influida por aquéllos. Los mandatos y prohibiciones sólo pueden exigir con sentido aquellas conductas posibles de observar. De ahí que los mandatos pueden exigir la producción de un resultado deseado por el legislador, y las prohibiciones, la evitación de un resultado no deseado por el legislador, sólo en cuanto sea posible a la per-

78. *La cuestión sobre causalidad en los delitos impropios de omisión.*

Hemos repetido que son muy escasos los delitos propios de omisión en los que legalmente se exige la aparición de un resultado material. La enorme mayoría de ellos está constituida por la mera desobediencia al mandato de realizar una actividad determinada y se agotan con el puro incumplimiento de lo ordenado por la norma jurídica.

En cambio, es en los delitos impropios de omisión en los que surge con fuerza la pregunta de si la omisión de la acción que hubiera evitado el resultado típico, ha podido ser la causa de éste¹³³. Pues en todo delito impropio de omisión se presenta

sona que está en la situación de previsibilidad que el legislador presupone, la correspondiente producción o evitación (ver R. Honig, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal*, en *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, ps. 173 y ss.).

Nuestra explicación difiere de la de Honig por razón de método. Para claridad del desarrollo, preferimos establecer primeramente una relación objetiva entre movimiento corporal y resultado, para lo cual no es indispensable una relación de verdadera "causalidad" y la cual queda satisfecha con una *conditio sine qua non*. Las valoraciones jurídicas las reservamos para etapas posteriores del análisis de la responsabilidad penal.

¹³³ Maurach, *ob. cit.*, p. 270, estima que el problema del nexo causal se plantea únicamente en los delitos impropios de omisión. Sin embargo, al apreciar su posición total en materia de delitos de omisión se advierte que rechaza un concepto natural de conducta y, por ende, de omisión, para refugiarse en un concepto selectivo socialmente, conforme al cual sólo pueden tenerse como conductas los esfuerzos humanos tendientes a una meta.

Esta posición difiere de la nuestra, tanto en que rechaza un concepto natural de conducta, que existe como una realidad, según pensamos haberlo demostrado, como en que incorpora al análisis inicial de la conducta elementos selectivos que la restringen indebidamente.

el hecho de que hay un resultado material que se imputa a determinado sujeto por cuanto él se abstuvo de una acción que estaba obligado a realizar, mediante la cual ese resultado hubiera sido impedido. Es en esta clase de delitos, en consecuencia, donde queda planteada la cuestión de la causalidad en los términos concretos siguientes: ¿puede calificarse de causal, respecto de un resultado típico, la no realización de la actividad obligatoria destinada a impedirlo?

79. La doctrina que sostiene la causalidad.

Muchos penalistas de prestigio han respondido afirmativamente a esta pregunta¹³⁴.

W. Sauer admite, desde un punto de vista "científico, natural y lógico", que de la nada no puede devenir nada; pero califica de inatendible el rechazo de la causalidad en la omisión, no obstante, porque con él se pasa por alto un obrar socialmente positivo (en el sentido de activo) del autor. A su juicio, la clave está en recordar que quien omite "se deja llevar precisamente de la corriente en dirección al resultado socialmente dañoso, mientras podía y debía desviarlo". Por ello concluye que "la omisión es causal cuando la acción esperada (sociológicamente) hubiere probablemente evitado el resultado"¹³⁵.

¹³⁴ Nos referimos aquí tan sólo a los más recientes y divulgados, porque en los inicios del debate hubo, como se explicó, un abundantísimo número de autores que quiso resolver las dificultades teóricas de la omisión hurgando en el aspecto causal, el cual daban por indiscutible (ver nota 124).

¹³⁵ Sauer, ob. cit., ps. 149 y 150 (§ 16, II).

Es manifiesta la confusión del razonamiento de Sauer. Un examen

G. Maggiore, apoyándose, al contrario, en que la omisión no es por sí misma la nada, por lo que es erróneo considerarla algo absolutamente negativo y es erróneo, asimismo, entender que rige en ella el principio *ex nihilo nihil fit*, rechaza una teoría normativa que venga a resolver la dificultad causal mediante el concepto de "acción esperada". Su conclusión es que el no-hacer generador de un resultado ya no es la nada, y que no se puede negar la causalidad de algo tan real como la omisión¹³⁶.

J. Baumann declara un sofisma que cada vez gana más adeptos la tesis de que la causalidad no existe en la conducta omisiva. Para apoyar su posición argumenta que la omisión no es un *nullum* material ni jurídico y que negar en ella la causalidad llevaría a admitir delitos de resultado en los que no existiría ninguna causalidad entre la conducta del autor y el resultado. Argumenta, luego, con un ejemplo (consiste en el caso de que alguien deja caer cuesta abajo un cochecito de niño hacia un obstáculo sujeto por otro, quien, cansado finalmente del juego, se aleja cuando una vez más el cochecito se aproxima, con la consecuencia de que éste cae al precipicio)¹³⁷.

completo de la estructura de la omisión exige, primeramente, verificar si existe o no un nexo objetivo entre la actitud omisiva del sujeto y el resultado típico, antes de apresurarse a acudir a las exigencias normativas, las cuales deben ser examinadas en una etapa lógica posterior.

¹³⁶ Maggiore, ob. cit., ps. 346 y ss.

Este autor es extraordinariamente oscuro en su explicación; sus razonamientos son muy confusos y termina cayendo en una espectacular petición de principio.

¹³⁷ J. Baumann, ob. cit., ps. 141 y 142 (cap. 4, III, 2, b). Su ejemplo no está bien elegido. Aun cuando Baumann haya empleado hábilmente

Armin Kaufmann sostiene la causalidad en la omisión, aseverando que la falta de realización de una acción pasa a constituirse en causa del resultado o de su producción. Con ello admite el valor causal de condiciones negativas, antes sustentado por Nagler. Kaufmann niega, no obstante, que el hombre en sí mismo sea causal de su no-acción, esto es, que exista entre el omitente y su omisión relación causal. Conforme a su doctrina finalista, este autor liga la causalidad con la finalidad, en cuanto fin prefijado por el autor, y califica a la causalidad en la omisión como "potencial"¹³⁸.

Bacigalupo adopta el mismo pensamiento de Kaufmann en este punto, al entender que en los delitos impropios de omisión las condiciones negativas, esto es, aquellas que no concurren, son tan causales de un resultado como las positivas¹³⁹.

En general, en esta corriente doctrinal domina la idea de que el problema se resuelve afirmando que la omisión es causa de un resultado determinado por el solo hecho de que lo que el sujeto debía hacer tenía el poder real de impedir el resultado¹⁴⁰.

para su argumentación un movimiento corporal del sujeto (el alejarse del obstáculo que sujetaba el cochecito), cabe entender que se trata de un delito de comisión por omisión con obligación de actuar basada en el obrar precedente, con lo cual poco aporta en materia de dilucidación de la causalidad. Queda sin resolverse, en cambio, la duda de si sería causa del resultado la actitud del sujeto que se alejó o la de aquel otro que desde lo alto echaba a correr el cochecito hacia abajo.

¹³⁸ Kaufmann, ob. cit., ps. 66 y ss.

¹³⁹ Ver Bacigalupo, ob. cit. en nota 37, ps. 164 y 165.

¹⁴⁰ Wessels, ob. cit., p. 214.

80. La doctrina que rechaza la causalidad.

Ya Liszt había advertido, al contrario, que en la omisión no se trata de una causalidad sino de algo análogo¹⁴¹. Más recientemente, observó H. Welzel que "a la omisión no le es propia ni la causalidad ni la finalidad". "Omisión —para él— es la no producción de la finalidad *potencial* (posible) de un hombre en relación a una determinada acción"¹⁴².

E. Zaffaroni expresa que "la conducta distinta de la debida no causa el resultado típico", y agrega que en el tipo omisivo no se requiere un nexo de causación entre conducta injusta y resultado, sino un *nexo de evitación*¹⁴³.

En sentido semejante, H. H. Jescheck decide excluir la relación causal de los delitos impropios de omisión, por considerar que el problema fundamental de ellos se desplaza hacia el examen de los "presupuestos bajo los cuales la no evitación de un resultado típico puede *equipararse* a su producción mediante un hacer positivo"¹⁴⁴.

81. Nuestra posición.

Esta extensa referencia a tan variadas ideas contribuirá a esclarecer nuestra explicación personal.

Por su propia naturaleza, un no-hacer carece,

¹⁴¹ Von Liszt, ob. cit., p. 315 (§ 30, I, 2).

¹⁴² Welzel, ob. cit., p. 277 (§ 26, I).

¹⁴³ Zaffaroni, ob. cit., p. 387.

¹⁴⁴ Jescheck, ob. cit., vol. II, p. 826.

considerado en plano natural, de la posibilidad de ser conectado con algún resultado que se origine en el mundo externo, ni como causa de él ni como uno de los varios factores condicionantes de su aparición. La razón está en que el no obrar, desde un punto de vista cinético y de su relación con los procesos del mundo exterior, envuelve la ausencia o falta de algo y una tal ausencia carece de aptitud, por sí misma, para producir u originar un cambio o alteración en el mundo exterior. Todo cambio o alteración de esa clase exige una fuerza o una energía actuantes capaces de provocarlos, puesto que para ellos es necesario vencer, bien sea la inercia de un mundo estático, bien sea el curso móvil y en plena operación de los movimientos de un mundo dinámico¹⁴⁵. Esas fuerza y energía se hallan apenas latentes y sin desplegarse en forma efectiva en una actitud omisiva.

Los delitos de acción implican siempre determinados movimientos musculares de parte del agente, movimientos que tienen, evidentemente, en cuanto fuerza en ejercicio, el poder de producir cambios en el mundo físico exterior. Por la inversa, los delitos de omisión, en cuanto aquí interesa, implican un no-hacer determinado, y éste, por sí mismo, está falto de la puesta en acción de energías o fuerzas necesarias para producir cambios de esa especie. Siendo

¹⁴⁵ K. Engisch distinguió entre acción y omisión valiéndose de una mera comprobación externa, por lo que calificó a la primera como un gasto de energía en una dirección determinada y, a la segunda, como "no gasto de energía en una dirección determinada" (*Vom Welibild des Juristen*, 2ª ed., 1965, p. 38, nota 70).

así, en un verdadero delito de omisión no puede darse un resultado material que pueda ser tenido como un efecto proveniente del incumplimiento de la norma.

Cuando en un tipo de omisión se hace referencia a un resultado material, habrá que entender, por consiguiente, que ese resultado proviene de causas y factores condicionantes ajenos al no-hacer. Éste, cuando más, habrá permitido que estas causas o factores operen libremente, siendo que pudieron haber sido obstaculizados o desviados por la acción a la que el omitente estaba obligado. Todo esto, debidamente entendido, significa algo diametralmente opuesto a un nexa objetivo de producción del resultado, pues el no obrar podrá ser puesto en relación con tal resultado tan sólo como un "vínculo de no evitación", en cuanto, de haberse cumplido la acción mandada por la norma, ese resultado pudo haber sido impedido.

A la misma conclusión podemos llegar, tratándose de un delito propio de omisión, acudiendo al examen de la acción y de la omisión conforme a la naturaleza de las normas de donde ellas proceden y a los fines que éstas se proponen. En efecto, los tipos de acción están destinados a dar protección a normas prohibitivas que procuran impedir que un bien jurídico, en su más amplia acepción de estado o situación que el Derecho quiere conservar indemne, sea lesionado o puesto en peligro. La voluntad legislativa está dirigida en ellos a evitar cualquier cambio o alteración del mundo externo capaz de menoscabar o de poner en peligro ese bien jurídico.

En cambio, los tipos propios de omisión están concebidos como medios de imponer el cumplimiento de un mandato normativo; en ellos lo prioritario es que el destinatario realice una acción determinada exigida por la norma, porque lo que interesa es la ejecución de esa acción debida, y no impedir la producción de efectos materiales de cualquier clase. Lo que el legislador reclama en los tipos propios de omisión es un cambio del mundo exterior, constituido, a lo menos, por el movimiento muscular del sujeto, pero éste no realiza ese cambio exigido por el legislador y, siendo así, precisamente con su omisión se niega a ese propósito de cambio. Lo preponderante en ellos es la obediencia del sujeto sobre el cual pesa el deber. Ahora bien, si aparte de la omisión el tipo menciona una alteración o cambio en el mundo exterior, éstos no podrán ser efecto genuino de un puro no-hacer, sino el efecto de otra clase de energías o fuerzas ajenas al omitente que, probablemente, éste habría podido enervar, desviar u obstruir con su acción omitida. El no obrar, en último término, no puede influir en los fenómenos del mundo físico exterior¹⁴⁶.

Nuestra solución guarda plena concordancia con la posición que asumimos en el cap. VIII, n° 33, al establecer las bases naturales de la omisión, señalándole el doble contenido, en cuanto mira al omitente y a su actitud, de una falta de movimiento, unida a la potencialidad de producirlo. Es esta falta

¹⁴⁶ Esta explicación nos muestra la importancia que adquiere el puro incumplimiento de la norma dentro del delito propio de omisión, según lo sostuvimos en los § 10 a 16.

de movimiento, aspecto esencial de la actitud omisiva, la que nos permite, ahora, resolver el problema de la causalidad en forma negativa.

Tratándose de delitos impropios de omisión, la intervención de causas o factores de producción ajenos al no-hacer del sujeto es bastante manifiesta. Basta sólo con tener presente que la esencia de ellos consiste en "no impedir un resultado que debía ser impedido". Por consiguiente, ese resultado estaba siendo gestado o predeterminado por energías o fuerzas extrañas al omitente, a las cuales éste debía oponerse como manera de impedir el resultado que derivaría de ellas. El hecho punible ha consistido, por ello, en permitir que otras fuerzas o energías ajenas, no movidas ni impulsadas ni puestas en actividad por el autor, llegaren a su término propio, consistente en la lesión de un bien jurídico.

En razón de la importancia que tienen estas fuerzas o energías extrañas al omitente, trataremos especialmente de ellas en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO XV

LAS CAUSAS Y FACTORES AJENOS A LA CONDUCTA OMISIVA

82. *La movilidad del mundo físico externo.*

Es en el delito impropio de omisión donde se advierte en forma más palmaria la importancia que para la consumación de algunos hechos punibles tiene la intervención de fuerzas o energías ajenas al sujeto que, en definitiva, va a ser imputado jurídicamente. Estas fuerzas o energías corresponden a cursos de movimientos físicos que se originan en ese permanente dinamismo de la naturaleza de que hablábamos en el cap. VIII.

Como el delito impropio de omisión supone que un sujeto específico (un garante) *no impide* un resultado antijurídico que debía impedir, queda de manifiesto que existía ya, antes de la conducta omisiva de éste, una fuerza o energía ajena a sus propias potencialidades musculares, capaz de lesionar un bien jurídico protegido penalmente. A ese sujeto le correspondía detener, desviar o anular esa fuerza o energía, para que la lesión fuera impedida.

Vamos, pues, a subrayar la importancia que en los delitos impropios de omisión pueden adquirir causas o factores condicionantes ajenos al omitente, por cuanto son éstos los verdaderos originadores de

los resultados típicos que van a ser conectados con la conducta omisiva.

Establecido que esas causas o factores son ajenas y distintas al no obrar del omitente, resta explicar la función que desempeñan dentro de la estructura del delito impropio de omisión. Han sido, justamente, la no consideración de ellos como factores originantes de los cambios o alteraciones físicas del mundo exterior y el no advertir que ellos, en todo caso, quedan fuera de la conducta omisiva, los que han ocasionado esa increíble confusión acerca de la "causalidad" en la comisión por omisión.

El hombre y las sociedades que él constituye viven dentro de un mundo en incesante cambio y en fluctuante movimiento¹⁴⁷, agitado por el impulso de fuerzas y energías de índole muy diversa y variada, entre las cuales se puede incluir las telúricas y las actividades propias de otros seres vivos de la macronaturaleza¹⁴⁸, incluso, excepcionalmente, las de otros hombres. Es que el ser humano habita en un entorno muy complejo, siempre cambiante y móvil por obra de fenómenos naturales de diversa especie, orgánicos e inorgánicos, en el cual se están desarrollando, en todos los momentos y en todas

¹⁴⁷ Maurach realza la importancia de los sucesos de "un mundo en fluctuante evolución" (ver ob. cit., vol. II, p. 273) cuando alude a las ideas de H. Mayer, a las cuales nos referiremos más adelante.

¹⁴⁸ Mencionamos en forma expresa a la macronaturaleza, con ánimo de simplificar. No hay duda alguna de que ya han aflorado en el panorama social humano algunas fuerzas de la micronaturaleza; piénsese, por ejemplo, en contagios virales o en radiaciones propias de la energía nuclear.

partes, infinitos procesos causales originados en el impulso natural de tales fuerzas y energías.

Los procesos y la evolución misma del mundo tienen su explicación en esos múltiples factores, sea que ellos pertenezcan al mundo puramente físico o al mundo vivo.

83. *El ordenamiento jurídico ante esa movilidad.*

Varios de esos procesos envuelven peligro o lesión de aquel ordenamiento que la ley impone como el más satisfactorio para el bien de la sociedad y de sus miembros. Están en el caso, por ejemplo, aquellos que pueden destruir obras materiales de progreso humano o perjudicar la vida o la salud de los hombres o afectar a la organización misma de la sociedad, en cuanto instrumento útil para una vida mejor de sus miembros.

En los casos en que ellos corresponden a procesos ocasionados por acción directa del hombre, esto es, a aquellos en los cuales el resultado socialmente repudiable es la consecuencia directa de una actividad humana, el Derecho puede intentar evitarlos mediante la prohibición de dicha actividad, estableciendo para ello las normas correspondientes. Para esos casos el Derecho Penal crea tipos de acción con resultado lesivo para los bienes jurídicos. Es preciso entender que el Derecho en general sólo está en la posibilidad de prohibir aquellas acciones humanas que el hombre puede inhibir en virtud del ejercicio de su capacidad psíquica¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Compárese con la opinión de Honig, citada en la nota 132.

Pero, cuando se trata de procesos originados por energías del mundo físico o del mundo vivo exterior, apartados de toda intervención humana, el Derecho no puede pretender regirlos, porque en ellos operan fuerzas ciegas que no pueden ceñirse a prescripciones prohibitivas o de mandato. La única forma que tiene el Derecho para contrarrestar estos procesos ciegos socialmente dañosos, es la de imponer a ciertos individuos, en ciertas situaciones especiales, el deber de oponerse a ellos o de impedirlos.

84. *Las exigencias jurídicas impuestas al hombre.*

Esta sencilla presentación sirve para demostrar que cuando el Derecho exige a ciertos individuos que desarrollen una actividad concreta destinada a impedir el peligro o daño que van a ocasionar procesos del mundo exterior no gobernables por las normas jurídicas, lo que está imponiendo es que se rompa un curso causal ciego que se avecina¹⁵⁰. Esto permite aclarar que cuando se dan las circunstancias que explicamos, no se pretende que el resultado que debe evitarse sea causado (en el sentido riguroso de causación) por la ausencia de la acción exigida a cierto ser humano; al contrario, lo que se busca es que no prosiga un curso causal natural ajeno a la intervención humana, en cuanto él pueda ser evitado mediante una acción impuesta o exigida a determinado sujeto. Será este sujeto el obligado

¹⁵⁰ Obviamente, no hablamos aquí de procesos ciegos en el mismo sentido en que emplea esta expresión Welzel, cuando propone su teoría de la acción final.

a interponerse ante esos procesos del mundo exterior para desviarlos o resistirlos, con el fin de que ellos no obren y no ocasionen el resultado temido.

Esto implica que el ser humano tiene la posibilidad general de influir en el curso de los procesos del mundo exterior usando de su potencialidad cinética (o, a lo menos, valiéndose de la exteriorización de su personalidad y de su capacidad de autodisposición), en tres formas diversas: una de ellas es mediante sus acciones positivas; la otra, mediante la desobediencia de normas jurídicas que le exigen un actuar determinado, y la tercera, mediante la elusión de su obligación de resistir a cursos causales ajenos que pueden originar lesión a los bienes jurídicos.

La escueta explicación que antecede nos permite señalar la importancia que en esta parte del desarrollo de los delitos impropios de omisión adquiere aquella tercera forma en que el ser humano puede vulnerar un ordenamiento jurídico determinado, tercera forma bien diferente de la que tiene lugar con los conceptos simples de acción y de omisión.

Lo que verdaderamente importa, cuando no se trata de hechos de pura actividad o de pura inactividad determinada, es que exista un nexo (no una relación causal) entre lo que efectivamente sucede en el mundo exterior (una transformación de ese mundo exterior) y determinada actitud del hombre, que el Derecho se propone valorar. Ese nexo puede ser de *conditio sine qua non* o de no evitación del resultado, según se trate de acción o de omisión.

85. *Las causalidades ajenas al sujeto, en la doctrina.*

Ya en el siglo pasado, Berner, refiriéndose al delito de homicidio, hizo constar que el delincuente, por lo general, conduce “la causalidad natural solamente hasta el punto en que puede abandonarla, con certeza, a sí misma”¹⁵¹. Con ello afirmó ciertamente que lo que interesa al Derecho Penal no es sólo una causación por el hombre, sino también un aprovechamiento por éste de procesos causales ajenos; pero, además, introdujo una idea valiosa, la de que hay “causalidades naturales” que intervienen en la producción de resultados antijurídicos y que el legislador debe considerar.

Arthur Kaufmann ha divisado la importancia de causalidades ajenas al actuar del sujeto, cuando admite que, como en la omisión no debe realizarse una acción y es suficiente para ella la pura inactividad, lo que realmente importa no es la causalidad del omitente, sino que a éste le sea posible poner una causalidad a su servicio. Sería esta aptitud humana de aprovechar un proceso causal lo que permitiría unificar los conceptos de acción y de omisión¹⁵². De esas palabras puede inferirse que este autor está aceptando que en la producción del resultado no impedido por el omitente intervienen factores causales extraños a éste.

De alguna manera, un pensamiento semejante

¹⁵¹ Ver: Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1886, p. 458.

¹⁵² Arthur Kaufmann, ob. cit., ps. 49 y ss.

se aprecia en pasajes de Claus Michaelowa¹⁵³, en los cuales, buscando un concepto unitario de acción y omisión, acude a la idea de “exteriorización del ser humano”. A su juicio, el hombre puede exteriorizar su existencia bajo las formas de acción y de omisión, sin que deba hacerlo, necesariamente, en una de ellas, en razón de que “el comportarse hacia el exterior envuelve un diálogo, en el cual el organismo responde con su propia actividad al estímulo del mundo exterior”.

Nagler, al caracterizar al omitente como garante de la no producción del resultado y obligado a evitar el daño “que pueden causar las energías contrarias al Derecho”, pudo tener también en su mente aquella idea¹⁵⁴.

Más directa nos parece la escueta afirmación de S. Soler de que en los delitos impropios de omisión “el delincuente sustituye su actividad por la eficacia causal de fuerzas exteriores cuyo desarrollo lleva al resultado ilícito que el sujeto puede y debe impedir”¹⁵⁵.

Pero es sin duda Hellmuth Mayer quien ha explicado más explícitamente la idea hasta ahora. Para este penalista, “la acción en sentido jurídico significa en realidad determinación del trascurso del mundo a través de la voluntad humana. El mundo es, por lo tanto, no un ser en reposo sino un proceso que se mueve a sí mismo. La voluntad humana determina

¹⁵³ Citado por Bacigalupo, en su ob. cit. en nota 4, p. 65.

¹⁵⁴ Citado por Jescheck, en ob. cit., vol. II, p. 828.

¹⁵⁵ S. Soler, en *Derecho Penal argentino*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, vol. I, p. 338.

este proceso tanto interviniendo en él como manteniéndose inactiva. En la mayoría de los casos, ambos tienen que ponerse en la misma relación. Por ello la distinción entre hecho positivo y omisión tiene sólo una significación subalterna . . . y es en verdad artificial, pues, desde el punto de vista físico, el reposo es sólo un caso especial de movimiento¹⁵⁶. Este autor se ha representado el delito como una modificación del universo objetivamente entendido, en el que la esfera social no es un museo de objetos sino de conexiones de sentido en este fluído proceso del acontecer. De este modo, la misión de protección de los bienes jurídicos a cargo del Derecho Penal, no solamente prohíbe la intervención perturbadora en un proceso socialmente provechoso, sino también la indiferencia ante un desarrollo socialmente peligroso¹⁵⁷.

Por nuestra parte, desde hace años estamos explicando que "el hombre puede influir en los hechos del mundo exterior en forma positiva", esto es, con alteración de lo existente, en virtud del poder de sus propios movimientos corporales, "y en forma negativa . . . no ejecutando movimientos musculares que, de llevarse a cabo, habrían alterado la situación

¹⁵⁶ Citado y traducido por Bacigalupo, en su ob. de nota 4, ps. 47 y 48.

Con todo, hacemos notar que nuestro desarrollo se ocupa, primeramente, de establecer y verificar las conexiones objetivas (naturales) existentes entre la abstención del omitente y el resultado antijurídico, sin introducir referencias a la voluntad humana, idea, a nuestro juicio, que debe incorporarse en etapas lógicamente posteriores, con el fin de lograr un análisis más acabado y mejor sistematizado.

¹⁵⁷ Maurach, ob. cit., vol. II, p. 273 (§ 45, III, A).

existente o el curso de los fenómenos en desarrollo en dicho mundo exterior", agregando que en el delito de comisión por omisión "factores o procesos extraños al sujeto conducen a la producción del resultado, el cual no es impedido (por el sujeto)"¹⁵⁸. Y nos habíamos referido en forma expresa a aquellas abstenciones "que dejan seguir adelante procesos del orden natural o acontecimientos que tienen su origen e impulso en fuerzas ajenas (al hombre) y que éste debiera detener o impedir"¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Ver nuestro *Curso* antes citado, vol. I, ps. 265 y 344.

¹⁵⁹ Ver nuestro *Causalismo y finalismo* . . . , antes citado, ps. 123 y 124.