

CAPÍTULO XVI

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL DELITO IMPROPIO DE OMISIÓN

86. *Indeterminación del delito impropio de omisión.*

Los delitos impropios de omisión no están tipificados por la ley penal¹⁶⁰. Ellos son sancionados, según costumbres muy antiguas y generalizadas, mediante equiparación de la abstención de impedir el resultado antijurídico, cuando hay obligación jurídica de obrar, a la realización de ese resultado mediante acciones positivas. Se les incorpora, con ello, sin que ordinariamente exista ley que lo autorice, a los tipos de comisión, se les aplican las exigencias típicas contenidas en ellos y se les sanciona con las penas previstas para ellos.

Algunas legislaciones penales, que en caso alguno constituyen la mayoría, han introducido algunos preceptos destinados a ocuparse expresamente de ellos o a darles cabida; pero pese a tales preceptos y en razón de la generalidad y falta de fijeza de éstos, siguen siendo objeto de crítica por una respetable doctrina.

De lo anterior se desprende que otro de los

¹⁶⁰ Recordamos que no existen, según nuestra posición, delitos impropios de omisión especialmente previstos en la ley penal, según quedó explicado *supra*.

importantes y variados problemas que crean los delitos impropios de omisión, como antes fue adelantado, consiste en que chocan con el principio de legalidad que inspira al Derecho Penal.

No se trata tan sólo de que falten tipos penales que sean directamente aplicables a los delitos impropios de omisión. Además, los tipos de comisión a los que ellos son incorporados muestran algunas características que les son incompatibles. Esto se aprecia, principalmente, en que estos tipos parecen referidos exclusivamente a la realización activa del resultado antijurídico y en que nada hay en ellos que autorice o determine una reducción del número de omitentes, con el fin de que únicamente algunos omitentes especialmente cualificados se rijan por ellos. Para quienes requieren la necesidad de una "relación causal" entre el actuar punible y la transformación del mundo exterior en los tipos de resultado, surge un nuevo tropiezo, porque esa relación, envuelta en la descripción típica según ellos, no puede existir en una omisión que consiste en no impedir el resultado antijurídico, existiendo obligación de hacerlo. Es de aquí de donde provienen todas las farragosas discusiones, que ya conocemos (ver cap. XIV), relativas a pretendidos nexos de causalidad, discusiones que han contribuído a oscurecer aún más el espeso y brumoso cuadro de los delitos impropios de omisión.

En suma, los delitos impropios de omisión presentan serios problemas para su adecuación típica y son altamente pasibles de reparos —que se les formulan, por lo demás, nutridamente— basados en

su falta de encauzamiento por vías que aseguren respeto verdadero y cabal al principio capital de la legalidad.

Esto explica que algunos, los menos, hayan sostenido que los delitos impropios de omisión, a falta de tipo expreso que los incluya, violan el principio de legalidad y la prohibición penal de la analogía, pues constituyen hechos no tipificados.

87. *Posiciones doctrinales variadas.*

A partir de Nagler se hacen esfuerzos por superar esta objeción, acudiendo a un detenido examen de los tipos que se aplican a estos delitos. Estos esfuerzos se explican por la existencia de una conciencia colectiva fácilmente comprobable, que estima que estos delitos deben ser reprimidos penalmente, en defensa de los intereses sociales tan relevantes que ellos atacan.

Un primer recurso ha sido el de invocar tipos de la ley positiva que pueden ser realizados alternativamente, conforme al texto expreso de la ley, sea por acción, sea por omisión¹⁶¹, para luego argumentar que en todos los casos en que la estructuración concreta del tipo lo permita, la prohibición ha de incluir también la no defensa del bien jurídico que resulta lesionado, puesto que el legislador ha mostrado explícitamente su voluntad de imponer

¹⁶¹ Es el caso del art. 248 del Código Penal argentino, el cual permite sancionar al funcionario que toma o ejecuta resoluciones contrarias a la Constitución o a la ley, y, también, al que no ejecute leyes cuyo cumplimiento le incumba.

una misma amenaza penal a quien realiza activamente y a quien no impide el resultado¹⁶².

Pero el argumento puede ser vuelto fácilmente al revés, arguyendo que esa equiparación procede y cabe tan sólo en los tipos en que el legislador la introduce en forma expresa, los cuales son pocos. Esto demostraría que de hechos excepcionales no es posible deducir una regla general.

Otra explicación, cuyo último fundamento habría de ser encontrado en la idea de una conducta humana genérica, dentro de la cual la acción y la omisión son sus especies, tiende a mostrar a estas últimas como formas meramente instrumentales de la realización del resultado antijurídico, intercambiables entre sí y, por consiguiente, ambas con cabida dentro del tipo de resultado que sirve de base a la punibilidad de esa realización. Lo importante, para este enfoque, es que el tipo tiene por finalidad que el bien jurídicamente protegido no sea lesionado, y esto puede suceder tanto mediante un actuar como mediante la abstención del acto que lo salvaría, cumplida por parte de quien está obligado a salvarlo. Según este pensamiento, bastaría con que el tipo no excluyera expresamente, por su texto, una realización por omisión, para que ésta pudiera ser admitida como forma alterna de perpetración de la conducta tipificada.

Algunas tendencias prefieren circunscribir el problema a la relación de causalidad que supuestamente demandarían los tipos penales, y por ello con-

¹⁶² Bacigalupo, en ob. cit. en nota 37, p. 158.

centran su empeño en demostrar que quien no impide el resultado, pudiendo y debiendo hacerlo, es verdadera causa de él; se valen para su tesis de explicaciones muy variadas (que conocemos), las cuales llegan hasta el sostenimiento de la causalidad de las condiciones negativas. Por cierto que eso no les impide admitir que algunos tipos de acción repelen claramente una forma omisiva de producir el resultado.

Otros optan por acudir a los antecedentes históricos (el delito de comisión por omisión estaba admitido ya en el Digesto), pues desde épocas tan lejanas que casi coinciden con el nacimiento del Derecho Penal, los tribunales han seguido la costumbre de admitirlo como una forma punible de producción de un resultado antijurídico. Invocan, por consiguiente, un Derecho consuetudinario y aun llegan a sostener una aplicación penal *in bonam partem*, porque en su virtud quedaría muy restringido el círculo de los autores posibles por vía de omisión.

Dentro de las corrientes señaladas, las tendencias se diversifican. Es así como se propone que la acción o la omisión no son sino medios de perpetrar la lesión del bien jurídico penalmente protegido, lesión que está prevista como punible en el correspondiente tipo de resultado, a menos que éste rechace a la omisión conforme a su contenido propio¹⁶³.

¹⁶³ La profesora Gladys Yrureta enseña, en Venezuela, que en el delito impropio de omisión doloso, el autor se vale de su omisión —consistente en no evitar el resultado injusto— como un medio de llegar a la consumación del hecho típico de acción. Esta afirmación, que ha sido sustentada también por otros penalistas, permitiría visualizar una dilatada aplicación práctica de aquel delito, por cuanto son escasos los

Esta última proposición no es sino un matiz de alguna de las antes expuestas.

88. *Una primera línea de argumentación.*

Pensamos que esta variedad argumentativa tan amplia puede ser sintetizada en dos grandes líneas: o bien se procura una solución en plano principalmente formal, buscando refugio en el texto de la ley positiva, o bien se intenta hallarla en la esencia misma del hecho incriminado, considerando que éste es enteramente equiparable a una producción del resultado antijurídico mediante un hecho típico de acción.

En la primera línea, el problema se resuelve mediante una interpretación adecuada del tipo, en cuanto con ella se pueda dar también cabida en él (se trata de un tipo de comisión con resultado en el mundo exterior) a una omisión que consiste en no impedir un resultado que debía impedirse.

Creemos que la claridad del análisis exige que distingamos, para estos efectos, en tres grupos de tipos de acción:

a) Aquellos en que el tipo mismo, por su propio texto, admite una realización tanto por acción

tipos delictivos que limitan los medios por los cuales éstos pueden realizarse. Nos asisten fuertes dudas respecto de esta tesis, en primer lugar, porque con ella se mezclan los aspectos objetivos y subjetivos del delito, que preferimos separar dentro de nuestro sistema y, en segundo, porque parece difícil denominar "medio" a lo que vemos, simplemente, como un "dejar que obren" energías ajenas al sujeto. Son esas energías ajenas las que originan el resultado; de parte del sujeto hay mera abstención y no utilización de medio alguno.

como por omisión. En este caso, ya aludido anteriormente, no hay dificultad alguna, pues estamos ante un tipo ambivalente que admite ser realizado indistintamente por una o por otra forma de comportamiento¹⁶⁴. Aquí es el tipo mismo el que recibe en forma abierta a la forma omisiva, y por ello no puede suscitarse roce alguno con el principio de legalidad. Conviene, sí, que agreguemos que, conforme a nuestra apreciación, en la parte omisiva de un tipo de esta clase existe una omisión simple, explícitamente prevista y sancionada por la ley, y no un tipo impropio de omisión.

b) Otros en que la descripción correspondiente emplea expresiones que dan cabida, aun cuando sin una referencia expresa, a formas omisivas de realización de la conducta correspondiente¹⁶⁵. A nuestro juicio, si el significado de un tipo de este grupo no ofrece dudas, nos hallaremos en una situación enteramente similar a la señalada en letra a, ya que la única diferencia entre ambas sería que en aquélla la voluntad de la ley está taxativamente declarada, mientras que aquí se halla implícita, si bien no menos clara.

c) Los tipos de acción con resultado más numerosos y frecuentes no se hallan, desafortunadamente, en los grupos antes mencionados, de solución sencilla, sino que describen lo que parecen ser verdaderas y exclusivas acciones positivas, sin dar cabida,

¹⁶⁴ Es el caso del art. 248 del Código Penal argentino, al cual hicimos referencia en el cap. VI y en nota 161.

¹⁶⁵ Es el caso de los arts. 271 y 281 del Código Penal argentino, a los cuales aludimos en el cap. VI.

conforme a su letra, a un comportamiento omisivo. Es aquí donde el problema se manifiesta en toda su amplitud.

La cuestión, como fluye de lo que estamos explicando, consiste, en último término, en apelar al verdadero significado y sentido de las expresiones de que se vale el tipo concreto; todo queda reducido a una interpretación de la correcta voluntad de la ley, tal como ésta debe ser entendida conforme a las reglas jurídicas de interpretación. Es lo que se ha denominado el argumento del "uso del lenguaje". Pues si mediante una legítima hermenéutica es posible concluir que el legislador, pese a haber descrito una realización puramente activa del tipo, quería que quedaran incluídas también en él formas de comisión por omisión, la solución no tendría por qué ser diversa de la señalada para el segundo grupo de tipos, salvo lo que vamos a decir más adelante.

Si, al contrario, llega a determinarse que la voluntad tipificadora de la ley excluye cualquier realización omisiva, es indudable que ha de concluirse que no caben en el tipo determinado comisiones por omisión. Esta conclusión será la necesaria, desde luego, en toda clase de tipos de acción reluctantes a la forma omisiva, sea por razones estructurales o por oposición de su naturaleza misma¹⁶⁶.

¹⁶⁶ En opinión de Sauer, sólo hay algunos tipos de acción con resultado que admiten ser realizados por omisión. Por consiguiente, no es posible admitir en forma genérica que esos tipos sean, en general, válidos para construir un delito impropio de omisión. Los casos más importantes en los cuales esto resulta admisible son los tipos de homicidio y lesiones, algunos casos de privación de libertad e injurias, la estafa, la apropiación

Es para ayudar a esta interpretación de los tipos del tercer grupo, los que podríamos llamar "tipos enigmáticos", que la doctrina penal procura reforzarse mediante la segunda línea argumentativa a que aludíamos primeramente. Pues a los resultados de uso del lenguaje va a añadir razones que miran a la conveniencia de asimilar las conductas comisivas y omisivas desde un punto de vista material. Estas razones van a apoyar fuertemente, por cierto, una interpretación teleológica del tipo en examen.

89. La segunda línea de argumentación.

La segunda línea argumentativa, si bien busca principalmente razones materiales, empieza siempre por abrirse un espacio previo dentro del texto del tipo, sosteniendo que para interpretar los tipos las palabras de la ley no deben ser entendidas como meros procesos naturales sino en la forma en que lo son en la vida social. Por ello es que cuando un tipo penal se refiere a "matar" o a "lesionar", se afirma que no quiere significar tan sólo un proceso causal, que hace que una *conditio sine qua non* humana ocasione la muerte o las lesiones por obra de la acción del sujeto, sino que tales palabras deben ser recibidas con el significado que ellas adquieren

indebida, la defraudación, el encubrimiento y los delitos culposos (ob. cit., ps. 146 y 147).

Nagler estima que debe descartarse una omisión en aquellos casos en que la ley exige una actividad positiva altamente personal, como los delitos de perjurio, bigamia, adulterio y delitos de comisión de propia mano, en general. Armin Kaufmann se adhiere a esta posición (ob. cit., ps. 288 y 289).

en la vida social (el llamado "contenido social de sentido de la acción típica"), el cual considera que también se incluyen en ellas los casos en los cuales quien debe salvar a otro lo deja morir o lo deja sufrir en su integridad corporal, por no cumplir con su obligación¹⁶⁷.

Los argumentos siguientes van ya claramente por una vía material, porque con lo anterior se entiende que se ha dejado preparado el terreno para que sean recibidos en la aplicación práctica de la ley penal. Algunos se apoyan en que los delitos de acción se parifican totalmente con los delitos impropios de omisión en los dos aspectos jurídicos más fundamentales: en su contenido de injusto, pues en ambos lo que sucede es que se lesiona en la misma medida un bien jurídicamente protegido por la ley penal, y en su contenido de reprochabilidad, pues también se iguala plenamente en ellos la culpabilidad que en cada uno de ellos existe. Otros prefieren acudir a las costumbres penales, sosteniendo que siempre se aceptó que producir activamente un resultado equivale a dejar que ese resultado se produzca, si hay obligación de impedirlo; por cierto que ligándolo, asimismo, con los razonamientos de texto legal, puesto que si el legislador dictó sus preceptos penales cuando dominaban estas ideas y no excluyó expresamente de los tipos de acción a las actitudes omisi-

¹⁶⁷ Welzel, ob. cit., p. 301.

Nótese que Jescheck afirma que el tipo de homicidio "según su literalidad" debe ser entendido como "no únicamente aplicable a un hacer positivo, sino también a una omisión". Esto revela la amplitud con que la doctrina más influyente proporciona soluciones en tan difícil problema.

vas, debe entenderse que quiso seguir la misma corriente que había imperado.

90. Nuestra posición.

Nos parece que todos estos esfuerzos, muy loables en cuanto tienden a satisfacer una necesidad social de reprimir conductas humanas tan injustas y reprochables como otras que son claro objeto de represión, no pueden ser aceptados. Ellos no logran eliminar un obstáculo último y decisivo, pese a su aparente fuerza de convicción. Ese obstáculo consiste en que no es posible admitir que el contenido de los tipos quede finalmente librado a *interpretaciones* llevadas a cabo por los jueces, siendo que la delimitación de los tipos está entregada, por mandato constitucional (según sucede en la mayoría de los países), al legislador. La función de declarar los hechos que son típicos y que serán la base de una responsabilidad penal y de la aplicación de una pena, está reservada en forma exclusiva a la ley misma. Será el texto claro de la ley, y no interpretaciones que procuran estirar o ampliar sus términos, el que haya de determinar la responsabilidad penal en un Estado de Derecho.

¡Cuánto mejor habría sido que la copiosa doctrina penal elaborada para los delitos impropios de omisión, en lugar de esparcirse en tanto problema—algunas veces secundarios, y otras francamente desviados—hubiera comenzado por proponer fórmulas legales precisas y completas destinadas a

cerrar esta gruesa brecha de casi todas las legislaciones penales positivas!

91. *Otras consideraciones de la doctrina.*

Según Jescheck, el problema de la función de garantía de la ley penal, en materia de delitos impropios de omisión, se plantea desde dos puntos de vista. Por una parte, la duda de si pueden admitirse delitos impropios de omisión no regulados por la ley (al cual añade la cuestión —que nosotros entendemos de diferente manera— de si una causalidad real de un hacer positivo puede sustituirse por la causalidad hipotética de la omisión), punto al cual prefiere denominar *prohibición de analogía*, y, por la otra, el de la forma de limitar inequívocamente el círculo de autores mediante aplicación de la idea de garante, al cual prefiere denominar compatibilidad con el *mandato de determinación*. En su opinión, ambos aspectos han sido solucionados con la reforma que se contiene en el § 13 del actual Código Penal de Alemania Federal “hasta cierto punto”¹⁶⁸.

En un estudio como éste no entraremos en un análisis de textos legales positivos que trate de dar respuesta a las objeciones que se formulan a los delitos impropios de omisión desde el punto de vista del principio de legalidad. Pero, el distingo de Jescheck nos lanza a un nuevo problema de los delitos

¹⁶⁸ Jescheck, en ob. cit., vol. II, ps. 836 a 838. Este autor reconoce que el “mandato de determinación” no ha sido satisfecho aún por completo por el precepto mencionado.

impropios de omisión, al cual hemos destinado antes algunas ligeras referencias.

En el delito impropio de omisión el círculo de los omitentes queda muy restringido, y esto ocurre *a partir* de los sujetos que pueden ser responsabilizados como autores del tipo de acción con resultado al cual va a ser incorporado para los fines de su represión penal. Insistimos en que para poder aludir al concepto doctrinal de delito impropio de omisión elaborado por la teoría penal, ha de haber una diferencia cuantitativa apreciable entre el número de individuos que pueden ser responsabilizados por realizar el resultado injusto mediante una acción positiva suya y el de los que pueden serlo por haber permitido que ese resultado se produjera debido a una omisión suya. La razón de esto se halla en que a más de cualquier limitación de sujetos activos que pueda contener el tipo de acción, para que éste incluya un delito impropio de omisión deberá hacerse otra reducción especial (que se acumulará a la anterior, si es que ella existe) destinada a limitar la responsabilidad por este concepto a sólo algunos de los individuos que realizaron el tipo por omisión, puesto que el número de quienes están obligados a actuar positivamente para salvar bienes jurídicos ajenos es muy circunscrito y solamente caben dentro de él aquellos sobre los cuales (excepcionalmente, sin duda) pesa una obligación de actuar para evitar el resultado injusto¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Ésta es, entre otras, la razón por la cual estimamos que no pueden existir delitos impropios de omisión expresamente previstos en la ley positiva. Todos los casos mencionados para sostener la tesis contraria, son

Algunos penalistas han afirmado, por esto, que los delitos impropios de omisión deben ser calificados como delitos "especiales propios", es decir, como aquellos que tienen un círculo restringido de autores. Es la opinión de H. Welzel y de Armin Kaufmann¹⁷⁰. La diferencia única entre los delitos impropios de omisión y los delitos especiales propios estaría en que en los primeros la precisión del autor brota de la posición de garante, mientras que en los segundos ha de aparecer en los términos del tipo o en las exigencias de éste que conciernen a la clase de acción descrita. En el primer caso, la posición de garante obra como una complementación del tipo, pero mediante elementos casi exclusivamente doctrinales.

delitos de omisión (delitos propios de omisión, según nuestra óptica) en los cuales habrán de ser responsabilizados todos aquellos que el tipo menciona como omitentes posibles, sin reducción alguna que se haga "a partir de ellos".

¹⁷⁰ Welzel, ob. cit., p. 287, y Armin Kaufmann, ob. cit., ps. 280 y ss. y 305.

Bacigalupo prefiere denominar a los delitos impropios de omisión "tipos abiertos", puesto que carecen de la indicación de las características de autor y en ellos el juez debe colmar los vacíos existentes, definiendo las condiciones en que la omisión de impedir el resultado prohibido es equivalente a la acción positiva de producirlo. A su juicio, ellos se asemejan, desde tal punto de vista, a los delitos culposos (ver su ob. cit. en nota 4, p. 10, y ob. cit. en nota 37, ps. 156 y 157). Sobre esta semejanza con delito culposo, hacemos observaciones en el capítulo que sigue.

Por ahora podemos decir, solamente, que esta similitud, que varios autores modernos comprueban entre delitos impropios de omisión y delitos culposos, es aceptable solamente para quien se adscriba a la doctrina finalista, pues conforme a la teoría clásica, la culpa es una forma de culpabilidad propiamente dicha, con un contenido tan claro y diferenciable como el dolo (ver nuestro *Causalismo y finalismo...* ya citado, ps. 31 y 99 a 106).

De esta comprobación infiere Welzel que el vacío que existe en la ley positiva en materia de características no escritas de los delitos impropios de omisión, no puede ser atribuido a deficiencia legislativa, sino a la "naturaleza de las cosas", pues es imposible, en principio, circunscribir concreta y exhaustivamente en tipos penales la inmensa variedad de posibles autores de omisión¹⁷¹. De esta inferencia, pasa Welzel a la aseveración de que el lugar en que se observa el vacío típico en los preceptos de la ley positiva no está en la acción sino en la posición de garante, y, más precisamente, en las características que el tipo debe llenar, en lo relativo al autor.

Hellmuth Mayer sostiene que la teoría sobre posición de garante es la que contradice el principio constitucional de una determinación legal de los tipos penales (*nullum crimen nulla poena sine lege*) y viola la prohibición de la analogía en materia penal, por lo que no puede ser admitida. Sin embargo, acepta que en el estudio de la parte especial de la legislación penal es posible incluir ciertos casos de inactividades que "tengan la misma medida de intensidad delictiva de la voluntad que el hecho positivo; en los casos de acción dolosa, la misma medida de energía de voluntad enemiga del Derecho, y en cuanto a acciones culposas, la misma medida de debilidad de voluntad imprudente". Corresponde

¹⁷¹ Welzel, ob. cit., p. 288.

Hemos formulado críticas al pensamiento de Welzel sobre la "naturaleza de las cosas" en nuestro *Causalismo y finalismo...* ya citado, ps. 75, 76 y 180 a 182.

“partir del texto legal que se apoya en el lenguaje usual, el que siempre ha señalado como «homicidio» el hecho de que una madre deje morir de hambre a su hijo: hecho objetivo históricamente innegable”¹⁷².

La doctrina se halla lejos, en consecuencia, de aunar criterios en lo que se refiere a la compatibilidad de los delitos impropios de omisión con el principio de legalidad.

CAPÍTULO XVII

LA DISTINCIÓN ENTRE HECHOS DE ACCIÓN Y DE OMISIÓN

92. *Necesidad de criterios prácticos.*

Por increíble que pueda parecer al estudioso que ha seguido el discurso anterior u otro semejante, esa relativa facilidad que se da en la teoría para diferenciar el actuar del omitir, no se mantiene en la vida real —demasiado rica y compleja— debido a que ésta presenta a menudo hechos con facetas múltiples, capaces de hacer surgir dudas acerca de una correcta clasificación. Esto nos obliga a proporcionar, además, criterios prácticos de diferenciación.

Estos criterios prácticos no miran a los conceptos jurídicos de delitos de acción, delitos propios de omisión y delitos impropios de omisión, los cuales quedaron suficientemente delimitados en los caps. VIII, XI y XII (sin perjuicio de lo que va a agregarse en el cap. XVIII), sino que conciernen a situaciones de hecho que se presentan cuando se aplica el Derecho a la realidad. Ellos son necesarios debido a que en un mismo caso concurren, muchas veces, aspectos propios de un actuar positivo y de una abstención de actuar.

Pero, antes, anotemos que la dificultad es me-

¹⁷² Citado por Bacigalupo en su ob. cit. en nota 4, ps. 48 y 49.

nos frecuente si se trata de la alternativa: hechos de acción y hechos de simple omisión. Aquí la distinción puede ser hecha más llanamente, porque existe la facilidad de poder enmarcar los hechos con ayuda de tipos bien precisos y ostensiblemente diversos, aptos para destacar claramente las características objetivas de unos y otros¹⁷³. El hecho incriminado será, así, de acción cuando encuadre en un tipo comisivo en razón de que hubo una actitud humana congruente con el respectivo verbo rector activo, realizada en la forma de un movimiento corporal. Por la inversa, el hecho incriminado será de simple omisión cuando ajuste adecuadamente a un tipo cuyo verbo rector alude a determinada ausencia de actividad y el sujeto lo realiza absteniéndose de ésta. Ello sólo pone de relieve la considerable ayuda que el encuadramiento típico ofrece para efectuar esta diferenciación.

La zona dudosa va a quedar situada, por consiguiente, entre delito de acción y delito impropio de omisión¹⁷⁴ y se explicará, en buena parte, porque este último carece de tipificación propia.

93. *Confusión que provoca la teoría finalista.*

Otra advertencia necesaria es que son mucho más fáciles algunas confusiones a los "finalistas" que a los "clásicos", como quedará demostrado. Esto ocurre, especialmente, porque el finalismo tiende a

¹⁷³ Jescheck recomienda distinguir entre acción y omisión conforme "al entendimiento natural de las cosas" (ob. cit., vol. II, p. 829).

¹⁷⁴ Cfr. Maurach, ob. cit., vol. II, p. 265.

entender la culpa como la falta de observancia del deber de cuidado, debido a lo cual la ausencia de despliegue de medidas de precaución destinadas a evitar la lesión de un bien jurídico, propia de un hecho culposo, va a presentarse como semejante a la abstención de un sujeto de impedir un resultado antijurídico, propia de una comisión por omisión.

Esto explica que un finalista, como E. R. Zaffaroni, se ocupe de evitar que se confunda el delito impropio de omisión con el delito culposo, porque "puede creerse que en la culpa siempre hay una omisión de realización cuidadosa de la conducta, con lo que todo caso de culpa sería un caso de omisión" (ob. cit., p. 394).

Esto explica, también, las palabras de Maurach, en ob. cit., vol. II, p. 265, al censurar soluciones que llevan "a contemplar un delito de omisión en toda omisión del cuidado necesario".

Estas confusiones no son posibles dentro de una concepción "clásica" del delito.

El finalismo no mantuvo esa estructura sencilla, armónica y homogénea del delito que permitió a la teoría clásica explicar mediante un solo sistema los delitos de acción dolosos y culposos, y que sin gran esfuerzo incluía también, con las inversiones debidas, a los delitos de omisión.

En la teoría clásica del delito, los delitos de acción dolosos y culposos son enteramente iguales entre sí, salvo en lo tocante al nexo subjetivo del agente con el hecho típico. En lo relativo a la conducta, nada varía, hay una antijuridicidad equivalente y pueden intercambiarse varios aspectos generales de la culpabilidad. Tan iguales son los delitos dolosos y culposos, que tienen la misma apariencia externa. Sólo acudiendo al dolo y a la culpa será posible distinguir hechos que son exactamente iguales en todo lo exterior y objetivo de ellos.

La base de la incriminación penal, conforme a la teoría clásica, proviene del hecho externo concreto que se realiza, dentro del cual el resultado típico reviste primordial importancia.

El finalismo trastornó todo esto y creó tres estructuras diversas: una para delitos dolosos de acción, otra para delitos culposos y una tercera para delitos de omisión. Una triple morfología para algo que podría ser examinado con pautas comunes.

El delito doloso de acción, según el finalismo, va a diferir del culposo tanto en el tipo, como en la antijuridicidad; lo que se mantendrá igual serán algunos aspectos de la culpabilidad (ver nuestro *Causalismo y finalismo* ... antes citado, ps. 99 a 106).

Para el finalismo lo esencial de un delito culposo está en que en él hay una infracción al deber de cuidado de parte del sujeto, pero esta infracción al deber no se identifica con esa violación de normas jurídicas de mandato de que hemos hablado en los capítulos II y V.

El injusto del finalismo tiene componentes objetivos y subjetivos y está constituido, predominantemente, por la quiebra de los valores de acto, expresivos de la conciencia ético-social de los ciudadanos. Los valores de resultado, de menor relieve, se manifiestan en el resultado externo y en los bienes jurídicos concretamente afectados. Después de innumerables zigzagueos llega Welzel a sostener que en la "clase y modo de ejecución de la acción (esto es, en la contravención del cuidado)" está el momento esencial del hecho culposo. Por ello concluye dicho autor que "el elemento decisivo del injusto en la culpa no radica en la pura causación del resultado, sino en la contravención objetiva del cuidado de la acción" (ob. cit., p. 63). (Ver, también, nota 58).

No es posible en este momento entrar en detalles acerca de las variantes que muchos finalistas han introducido a la doctrina de Welzel. Aquí hemos hecho un sucinto resumen

de la forma como se explican Welzel mismo y sus seguidores más próximos, que nos parece indispensable para comprender las diversas soluciones que se proponen para los delitos de omisión¹⁷⁵.

94. *Los casos dudosos según la doctrina.*

Los casos discutibles más corrientemente mencionados por los autores, corresponden a sucesos reales que fueron resueltos por los tribunales de algunos países, principalmente de Alemania, donde el desarrollo teórico y el afinamiento conceptual han sido llevados a gran altura. Ellos se repiten en los sucesivos estudios sobre la materia y son conocidos por breves palabras que permiten identificarlos¹⁷⁶.

Y como se trata de una casuística, no hay más remedio que sumergirse en ella.

Los casos más citados son:

1) En una región contaminada por el tifus, A proporciona a B un vaso de agua sin hervir. B, que no está advertido, bebe el agua, contrae la infección y muere de tifus.

2) El dueño de una fábrica china de pinceles

¹⁷⁵ Un ejemplo de los retorcidos caminos que busca el finalismo para resolver problemas (no muy difíciles) acerca del delito culposo y la omisión, con tal de *no retornar a un esquema más sencillo*, puede verse en W. Schöne, en *Sobre la posición del resultado en los delitos cuasidolosos de omisión*, en "Nuevo Pensamiento Penal", año 1974, ps. 191 y ss.

¹⁷⁶ Hay referencias a estos casos en Maurach, ob. cit., vol. II, ps. 265 y 266; en Roxin, ob. cit., en nota 52, ps. 149 y ss.; en Jescheck, ob. cit., vol. II, ps. 804 y 805, y en muchos otros autores que se ocupan del tema.

tado con consideraciones de índole social y con valoración jurídica.

En cambio, para aquellos que hacen radicar la esencia de la omisión únicamente en el no cumplimiento de prescripciones jurídicas o en la intervención de una voluntad dominable o controladora¹⁷⁹, o, en general, en criterios valorativos, las dificultades para distinguirla de la acción se acentúan, por que aumenta el número y la complejidad de los elementos que deben concurrir al análisis diferencial.

96. Orientación para solucionarlas.

No es posible repetir en este capítulo, destinado a los problemas prácticos, argumentos teóricos que fueron expuestos y razonados anteriormente. Por ello debemos remitirnos, como bases para la solución de los casos, a las ideas que hemos sostenido y defendido antes.

Estimamos que un buen procedimiento orientador, capaz de encauzar al estudioso hacia soluciones correctas, puede ser el siguiente:

a) Dirigir nuestra primera mirada al resultado, no tanto en cuanto lesión de un bien jurídico protegido, pues este aspecto poco ilustra para una diferenciación objetiva y práctica, sino en cuanto transformación del mundo exterior captada por determinada descripción típica. Con esto sólo, podemos excluir, de partida, a la casi totalidad de las omisiones

¹⁷⁹ Es el caso de Gössel (ob. cit., p. 16), entre otros.

simples (de pura inactividad), no ligadas a un resultado en el mundo exterior¹⁸⁰.

b) Después de lo anterior, van a estar en consideración, únicamente, hechos de acción y omisiones de evitar un resultado. El paso siguiente será, por ello, buscar el origen de la aparición de ese resultado. Si éste existe porque un hombre lo causó o puso como *conditio sine qua non* suyo a un movimiento corporal apto para producir o desencadenar esa alteración física externa, el hecho debe ser tenido como una acción (comisión). Por la inversa, si al buscar el origen del resultado aparece que éste estuvo en un proceso causal ajeno al sujeto y que no hubiera podido dimanar si el sujeto (que podía obrar) hubiera obrado, nos hallamos en presencia de una omisión constituida por no impedir el resultado¹⁸¹.

c) Todo lo relativo a las exigencias normativas o a la intención o negligencia del sujeto, debe quedar excluido de esta etapa del análisis, dirigido únicamente a distinguir los hechos objetivos que han de servir de base a la compleja revisión jurídica

¹⁸⁰ Con muchas diferencias: Welzel, ob. cit., p. 280.

¹⁸¹ Wessels lo expone con bastante claridad cuando expresa: "quien pone en movimiento un suceso causal empleando energía o lo guía en una dirección determinada, «hace» algo; quien deja que las cosas sigan su curso y no usa de la posibilidad de una intervención, «omite» algo" (ob. cit., p. 209).

Para Roxin la delimitación entre el hacer y el omitir se basa en la causalidad del resultado, pues en el último ella no puede ser afirmada (ob. cit. en nota 52, p. 153). Pero mezcla dentro del problema la cuestión de la imprudencia.

También Jescheck recomienda el criterio de la causalidad como básico (ob. cit., vol. II, p. 830).

posterior¹⁸². Será mediante estos otros elementos, que descartamos por ahora, que podrá resolverse, en definitiva, si esos hechos objetivos conducen a una desaprobación jurídica de ellos en sí mismos y a un reproche dirigido al sujeto que los realizó corporalmente, aspectos esenciales para imputar a éste una responsabilidad penal y para distinguir si ella es a título de dolo o de culpa.

97. Nuestras proposiciones.

Valiéndonos de este procedimiento podemos responder que en los casos 1 a 3 nos hallamos en presencia de hechos de acción. La muerte de la víctima tiene como *conditio sine qua non* conductas activas realizadas por A, por el fabricante de pinceles y por el conductor del camión. El que A no haya hecho hervir el agua, o que el fabricante no haya desinfectado los pelos de cabra, o que el conductor del camión no haya guardado la distancia, no elimina su actuación positiva de dar el vaso de agua contaminada, de entregar los pelos infestados o de conducir el camión, que está en la base del proceso causal. Precisamente, estos aspectos de apariencia omisiva pueden explicarse al efectuar la valoración posterior

¹⁸² Desde un punto de vista objetivo (externo), la acción del delito doloso no difiere en nada de la del delito culposo (ver nota 175). Es la tesis finalista la que trae confusión en este punto.

José M. Rodríguez Devesa, *Derecho Penal español*, parte general, Madrid, 1981, p. 373, introduce también la intención del sujeto cuando se trata de clasificar a un delito doloso como de acción o de comisión por omisión, por cuanto esa intención "fija el momento en que comienza el actuar jurídico penalmente relevante" en ciertos casos dudosos.

de lo subjetivo del agente: A y el fabricante chino no pudieron omitir la desinfección bien sea porque aceptaban matar a las víctimas o porque obraron negligentemente respecto del bien jurídico de su vida. Por su parte, el conductor del camión incurrió en imprudencia, muy probablemente, al no guardar la distancia debida. Serán estos elementos los que permitirán optar, a la postre, entre una responsabilidad a título de dolo o a título de culpa.

En el caso 3 pudo darse una multiplicidad de condiciones *sine qua non*: una puesta por el camionero, por acercarse excesivamente al ciclista, y otra radicada en la ebriedad de quien conduce un vehículo poco estable; ambas exteriorizan una conducta positiva, por lo que nada autoriza para pensar en una actitud omisiva.

Los casos 4 y 5 son, indiscutiblemente, de acción, y las dificultades de ellos pueden provenir de una alternativa dolosa o culposa. Tienen interés, además, estos casos, porque si son considerados de omisión, habrían de quedar impunes, en razón de que el daño no se habría producido con una probabilidad rayana en la certeza.

El caso 6 debe ser resuelto conforme a las particularidades de la respectiva legislación positiva. En algunas, ese hecho podría ser tenido como un tipo propio de omisión (no colocar las señales); en otras, a falta de tipo especial, puede entenderse como la omisión del deber de impedir un resultado por parte de quien, con su hecho precedente (detenerse en una vía oscura), había asumido una obligación de garantía respecto de otros viajeros.

En el caso 7 existe, en el comienzo del proceso causal (examinado sin ningún elemento subjetivo), una acción consistente en un ostensible movimiento corporal de A; esa acción se presenta como *conditio sine qua non* de la muerte por inmersión. Por consiguiente, el hecho es de acción y correspondía, inicialmente, a un homicidio culposo (si se avanza hacia las valoraciones jurídicas). El no salvamento doloso posterior podría ser calificado como una omisión de socorro concurrente con el homicidio culposo, si no fuera que la acción precedente de A (arrojar al agua) puede constituirlo en garante de la vida de quien se ahoga, conforme a la idea de obligación de actuar derivada de hecho precedente¹⁸³.

El caso 8 corresponde a una omisión (prescindir del examen clínico) de parte de alguien (un médico), que está obligado por su profesión a hacer todo lo posible por proteger la vida y la salud de aquellos a los cuales atiende; por ello el hecho debe ser calificado como delito impropio de omisión, el que podría ser culposo, según los términos en que está propuesto.

98. *Un criterio aceptable.*

Como existen casos en los cuales concurren simultáneamente movimientos corporales determinantes de un resultado típico y abstención de movimientos que habrían podido evitar ese resultado, hay una tendencia que cree posible aplicar para ellos un

¹⁸³ Nos parece muy equivocada (aparte de muy confusa) la solución de Maurach para este caso (ver ob. cit., vol. II, ps. 265 y 266).

criterio de predominio del aspecto activo, en razón de estimarse que jurídicamente hay mayor gravitación de una conducta activa que de una omisiva. En esta virtud, Schröder, Spindel y Arthur Kaufmann recomiendan que la conducta sea considerada, en la duda, como un hacer positivo¹⁸⁴. Este criterio nos parece, en general, aceptable.

¹⁸⁴ Citados por Welzel (ob. cit., p. 28) y Roxin (ob. cit. en nota 52, p. 152).

CAPÍTULO XVIII

DIFERENCIAS ENTRE DELITOS DE ACCIÓN, DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN Y DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN

99. *La triple morfología.*

Quedó ya hecho un paralelo entre delitos de acción (comisión) y delitos propios de omisión (ver cap. XI); antes se habían determinado los delitos propios de omisión (cap. VI) y se había caracterizado a la omisión como un fenómeno natural, social y jurídico (cap. VIII). Posteriormente se cumplió una distinción entre hechos de acción y hechos de omisión (cap. XVII).

Tras la determinación de los delitos impropios de omisión (cap. XII), es posible establecer, ahora, las relaciones que vinculan y las diferencias que separan a los delitos impropios de omisión y a los delitos de acción (comisión), así como a los delitos propios de omisión y a los delitos impropios de omisión.

Ya hemos avanzado que en los delitos impropios de omisión está presente un aspecto omisivo, que consiste en la no realización por parte del omitente de movimientos corporales que debería realizar y que permitirían evitar, de ser realizados, la lesión de un bien jurídico penalmente protegido;

pero que también está presente en ellos la lesión de un bien jurídico de esa clase, conectada objetivamente con aquella omisión, debido a que tampoco habría surgido dicha lesión (resultado) de no haberse producido la omisión. De aquí hemos desprendido que el delito impropio de omisión ha de ser visto como una estructura jurídica autónoma que constituye un ente diferente, tanto de los delitos propios de omisión como de los delitos de acción, no obstante que en él se mezclen algunos ingredientes de cada uno de éstos, pues ninguno de tales ingredientes alcanza predominio (cap. XII).

Nos hallamos, por ende, ante una morfología diversificada en tres, lo que demuestra el error conceptual de quienes piensan que los delitos, según el comportamiento objetivo de quien los comete, pueden ser clasificados como de acción o de omisión y que estos últimos, a su vez, se subdividen en delitos propios e impropios de omisión. No, pese al título de este trabajo, no existe un subgénero común que sitúe como dos especies a los delitos propios e impropios de omisión.

100. *Semejanzas entre delitos de acción e impropios de omisión.*

No obstante, hay algunas semejanzas que señalar entre delitos de acción y delitos impropios de omisión, pues en ambos existe una norma básica prohibitiva que resulta trasgredida por el delincuente y ambos tienen por finalidad la protección penal de situaciones ya existentes, que el legislador

considera como satisfactorias o aceptables para una vida social ordenada.

101. *Semejanzas y diferencias entre delitos propios e impropios de omisión.*

Para complementar las comparaciones efectuadas, corresponde, ahora, precisar las semejanzas y diferencias entre delitos propios e impropios de omisión.

Hay entre ellos dos elementos comunes: en ambos el sujeto que incurre en la respectiva responsabilidad se abstiene de realizar una acción determinada y en ambos la ley dispone, en esa virtud, que se les imponga pena.

Más numerosos son, en cambio, los elementos diferenciales:

a) en el delito impropio de omisión el delincuente viola con su no actuar una norma prohibitiva, en cuanto permite que sea lesionado un bien jurídico protegido; en cambio, en el delito propio de omisión el delincuente viola siempre una norma de mandato;

b) el delito propio de omisión está siempre tipificado en forma expresa; en cambio, el delito impropio de omisión no cuenta con tipo propio sino que debe recurrir a un tipo de acción, destinado a dar protección al mismo bien jurídico lesionado;

c) en el delito propio de omisión es considerado autor todo aquel que el tipo no excluye; en cambio, en el delito impropio de omisión no puede serlo todo

aquel que señala el tipo que se aplica, pues sólo lo puede ser el que asuma posición de garante;

d) en el delito propio de omisión el tipo se basta a sí mismo; en cambio, en el delito impropio de omisión, elaborado con aplicación de un tipo de acción paralelo, es preciso que la ley penal señale o permita deducir, fuera del tipo, elementos complementarios que precisen a quienes asumen posición de garante y están obligados a actuar;

e) el delito propio de omisión no exige un resultado, pues casi siempre se consuma por la pura inactividad del sujeto; en cambio, el delito impropio de omisión requiere, ineludiblemente, de un resultado (transformación física en el mundo exterior);

f) la evitación de un resultado lesivo para el bien jurídico es requisito del delito impropio de omisión; en cambio, esa situación no corresponde, normalmente, al deber jurídico de actuar que quebranta quien incurre en delito propio de omisión.

En suma, en el delito propio de omisión el omitente incumple un deber de obrar de índole genérica que le ha sido impuesto por el ordenamiento jurídico (deber de primer grado), mientras que en el delito impropio de omisión se demanda al garante que salve un bien jurídico puesto a su cuidado, como una obligación de segundo grado, que sólo se impone a un círculo muy reducido de sujetos. De aquí inferimos que el deber de actuar emanado de una norma general de mandato alcanza a todos los sujetos previstos en el tipo (si se trata de delito propio de omisión), mientras que la obligación de salvar bienes jurídicos tiene una fortísima restricción, la cual se

determina por reglas legales o doctrinales (si se trata de delito impropio de omisión). Esto es lo que crea pugnas con el principio de legalidad en los delitos impropios de omisión.

102. *Los corolarios correspondientes.*

De este conjunto de diferencias podemos extraer varios corolarios, que van a servir de precisión final para una debida caracterización de los delitos impropios de omisión, en relación con los delitos propios.

1) La diferencia material entre delito propio e impropio de omisión está en que con el primero resulta trasgredida, como ya se explicó, una norma de mandato, y con el segundo, una norma prohibitiva.

2) La diferencia formal entre ambos reside en que el primero está expresamente tipificado, y el segundo, no.

3) Es de la naturaleza del delito impropio de omisión el no poder ser realizado sino por un círculo restringido de autores, puesto que no todos están obligados jurídicamente a salvar bienes jurídicos ajenos.

4) Luego, en el delito impropio de omisión la reducción del número de autores posibles debe ser efectuada a partir del tipo que se le va a aplicar.

5) Si hay un tipo que describa una actitud omisiva, corresponde considerar como omitente punible en él a todo aquel que ese tipo incluya como sujeto apto para realizar el hecho.

6) Por consiguiente, si una conducta de comi-

OBRAS PUBLICADAS POR EL AUTOR

1. *Los elementos del delito*, Imprenta Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1952.
2. *Curso de derecho penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, tomo I en 1960, tomo II en 1966.
3. *¿Qué queda del derecho natural? (Reflexiones de un jurista cristiano)*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1967.
4. *Trasplante de corazón (Aspectos jurídicos, éticos y médico-legales)*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1969.
5. *La batalla por el cobre (La nacionalización chilena del cobre)*, Editorial Quimantú, Santiago de Chile, 1972.
6. *Nacionalización y recuperación de recursos naturales ante la ley internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1974.
7. *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI Editores, México, D. F., 1975 la primera edición, 1977 la segunda, 1979 la tercera, 1980 la cuarta y 1981 la quinta edición.
8. *Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros (El caso de los productos exportados)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 1976.
9. *Universidad Latinoamericana y problema social*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 1977.
10. *Evolución del derecho penal durante el presente siglo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978.
11. *¿Vía legal hacia el socialismo? (El caso de Chile)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978.
12. *El derecho a la vida privada y la libertad de información: un conflicto de derechos*, Editorial Siglo XXI, México, D. F., 1979 la primera edición, 1981 la segunda.
13. *La nacionalización del petróleo en Venezuela*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 1979.
14. *El derecho de propiedad privada*, Editorial Temis, Bogotá, 1979.
15. *Causalismo y finalismo en derecho penal (Aspectos de la enseñanza penal en Hispanoamérica)*, primera edición, Juricentro, San José de Costa Rica, 1980; Editorial Temis, Bogotá, 1982, la segunda edición.
16. *Derecho, política y democracia*, Editorial Temis, Bogotá, 1983.

OBRAS COLECTIVAS
EN LAS CUALES HA COLABORADO EL AUTOR

1. *El derecho (nº 1 de Las Humanidades en el Siglo XX)*, Dirección General de Difusión Cultural de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 1976, colaboración sobre el tema "Derecho Penal" (ps. 55 a 79).
2. *El gobierno de Allende y la lucha por el socialismo en Chile*, Instituto de Investigaciones Económicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., colaboración sobre "Las cuestiones jurídico-institucionales y la «vía chilena»" (ps. 180 a 203).
3. *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 1976, colaboración sobre "Algunos aspectos sobre contenido de una enseñanza moderna del derecho" (ps. 54 a 76).
4. *Derecho económico internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1976, colaboración sobre "La nacionalización en su aspecto jurídico" (ps. 137 a 174).
5. *Estudios constitucionales (Libro de homenaje al Dr. Rafael Caldera)*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, colaboración sobre "La garantía de la propiedad privada y teoría cristiana", en tomo II.
6. *Libro de homenaje al Dr. Manuel García Pelayo*, publicación de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980, colaboración sobre "Reflexiones sobre el mito y la razón en el pensamiento jurídico".
7. *Libro de homenaje al Dr. Tulio Chiossone*, publicación de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980, colaboración sobre "La armonización del derecho penal en América Latina".
8. *Libro de homenaje al Dr. Alfonso Quiroz Cuarón*, publicado por "Revista Mexicana de Ciencias Penales", México, D. F., 1980, colaboración sobre "La interceptación telefónica".
9. *El desafío jurídico de la comunicación internacional*, compilada por Alberto Ruiz Eldredge, Editorial Nueva Imagen, México, D. F., 1979, colaboración sobre "Marco jurídico para la operación de las agencias transnacionales de noticias".
10. *Petróleo y desarrollo en México y Venezuela*, coordinado por Marcos Kaplan, Editorial Nueva Imagen, Unam, México, D. F., 1981, colaboración sobre "Características jurídicas y antecedentes políticos de la nacionalización venezolana del petróleo".
11. *La lucha por la democracia en América Latina*, edición del Ministerio de Educación y Ciencia de España, Madrid, 1981, colaboración sobre "Los condicionamientos jurídicos de la democracia en América Latina".

Se terminó de imprimir
en enero de 1984,
en los Talleres Gráficos GARAMOND S.C.A.,
José A. Cabrera nº 3856, Buenos Aires.
Tirada: 1.500 ejemplares.