

EDUARDO NOVOA MONREAL

**FUNDAMENTOS
DE LOS
DELITOS DE OMISIÓN**

**BASES JURÍDICAS DE LA OMISIÓN. LA INFLUENCIA
IDEOLÓGICA LIBERAL - INDIVIDUALISTA. LA REACCIÓN
SOCIALIZANTE. CONFIGURACIÓN TÍPICA. DELITOS
DE ACCIÓN Y DELITOS DE OMISIÓN. CAUSAS,
FACTORES Y DIFERENCIAS.**

Depalma

FUNDAMENTOS
DE LOS
DELITOS DE OMISIÓN

por EDUARDO NOVOA MONREAL

En 1981 el doctor Eduardo Novoa Monreal fue designado relator general del primer tema sobre el que habrá de ocuparse el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal que se celebrará durante el mes de setiembre de 1984: "Delitos de omisión y responsabilidad por omisión". Movido por esta circunstancia, recorrió durante largos meses las obras que le resultaron asequibles, generales y monográficas, dedicadas a los delitos de omisión; y reflexionó hondamente sobre los complejos problemas que suscita en todo estudioso una figura jurídica de esta clase. Casi de inmediato se dio cuenta de que las complicaciones podían allanarse, en parte, acudiendo a conocimientos jurídicos más amplios y fundamentales que los propios de la especialización penal, es decir, con enfoques de la teoría general del derecho.

En sus indagaciones halló tantas novedades —según lo dice en el "exordio"— que poco le costó alterar incluso ciertos "pre-juicios" en materias básicas de derecho y afinar, entre otros, el concepto, por ejemplo, de bien jurídico.

El resultado de todos estos estudios y reflexiones está consignado en el presente volumen, con la precisión y profundidad que caracterizan todos los trabajos de este conocido jurista chileno, cuyo renombre ha traspuesto desde hace ya muchos años los ámbitos académicos y universitarios latinoamericanos.

FUNDAMENTOS DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

EDUARDO NOVOA MONREAL

**FUNDAMENTOS
DE LOS
DELITOS DE OMISIÓN**



EDICIONES *Depalma* BUENOS AIRES

1984

A Gladys.

ISBN 950-14-0172-3

©

EDICIONES *Depalma* BUENOS AIRES

Talcahuano 494

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

ADVERTENCIA

Este estudio sobre fundamentos de los delitos de omisión ha sido preparado en Caracas, donde sobrellevamos un ya muy largo exilio político.

Para realizarlo no hemos dispuesto sino de la exigua bibliografía aquí disponible, casi toda ella compuesta por obras penales generales; las más, alemanas traducidas al castellano.

Quien busque arrestos de erudición o sapiencia en estas páginas, quedará defraudado.

Como dijimos alguna vez: "de operarse en Latinoamérica con criterios académicos europeos, la investigación jurídica debiera ser suprimida por falta de material básico".

Pero, agregamos también: "al fin y al cabo, la capacidad de razonamiento no se origina exclusivamente en una bibliografía abundante, aun cuando ciertamente sea favorecida por ésta".

Un rastreo sobre el tema de la omisión, efectuado con tan magros elementos, nos ha informado acerca de la confusión que exhibe parte considerable de la doctrina, en tema de tanta importancia teórica.

Nuestras reflexiones nos han conducido a proponer algunas ideas básicas que, recibidas con buena voluntad, podrían ser aprovechables para una reelaboración futura de la estructura jurídica de los delitos de omisión. En tal sentido las ofrecemos a quienes crean que pueden servir para eso.

Lo peor que podría ocurrir es que ellas hubieran sido expuestas anteriormente por algún estudioso desconocido para nosotros. No es un riesgo muy grave.

EL AUTOR.

EXORDIO

Hasta hace poco más de un año no habríamos imaginado que íbamos a vernos sumidos una vez más en materias especializadas de Derecho Penal. Teníamos por cerradas, con nuestro trabajo Causalismo y finalismo en Derecho penal (1980) nuestras incursiones dentro de esta rama jurídica y nos disponíamos a proseguir nuestras investigaciones y reflexiones sobre temas propios de una teoría general avanzada del Derecho, que son los que han absorbido últimamente nuestras inquietudes de estudiosos.*

Lejos había quedado nuestra obra penal fundamental Curso de Derecho Penal chileno (concluída en 1966), antecédida catorce años antes por un opúsculo intitulado Los elementos del delito. Como a tantos otros, el Derecho Penal nos había servido de vía introductoria hacia aspectos jurídicos más profundos y generales. La conocida vinculación de esa rama con otras disciplinas o ciencias del hombre, principalmente naturales, y su estrecha conexión con aspectos jurídico-políticos básicos para la subsis-

* Los principales hitos de esta tarea han sido nuestras obras: *¿Qué queda del Derecho Natural?* (1967), *El Derecho como obstáculo al cambio social* (1975), *El derecho de propiedad privada* (1979) y *Derecho, política y democracia* (1983).

*tencia de un orden social**, habían despertado en nosotros un afán por conocer más hondamente la verdadera función del Derecho dentro de una sociedad progresista. Salvo pequeños y puntuales trabajos jurídico-penales, elaborados preferentemente para

* Hemos explicado ya esta conexión en los términos siguientes:

“Pocas ramas jurídicas están sujetas a mayor influencia de ciencias y disciplinas ajenas al derecho, principalmente naturales, que el derecho penal. Por ser el derecho penal la *ultima ratio* en el obediencia de las normas de conducta social y llevar consigo la más severa reacción que es posible concebir dentro de la función coactiva del Estado, se conecta directamente con dos extremos dentro de sus características propias: por una parte, solamente entra en acción cuando la perturbación del orden social alcanza un grado considerable; por otra, las medidas que emplea afectan gravemente la libertad de su perturbador y hasta su vida, comprometiendo así valores suyos que se tienen por derechos fundamentales de la persona humana. A esto se agrega que las ideas dominantes exigen que las consecuencias penales que se imponen a dicho sujeto reciban aplicación, en especial, cuando éste ha obrado en condiciones de madurez y normalidad psíquicas, con conocimiento y voluntad de los hechos y dentro de un medio que no altere su poder de dominio sobre sus actos. Pero esto no es todo; esa aplicación de medidas procura, de ordinario, lograr una corrección de la personalidad del sujeto, para lo cual han de considerarse todos los factores capaces de influir sobre ella, sean de índole hereditaria, biológica, psicológica o social y los de cualquier orden que han de servir para mejorarla”.

“En suma, cuando se trata de las conductas más nocivas en contra de la sociedad organizada, de las medidas apropiadas para eliminarlas o disminuirlas, de la forma en que el ser humano que aparece como su autor va a reaccionar ante tales medidas, de la parte que a la misma sociedad cabe en la generación de esas conductas y de la posibilidad y medios de rescatar para una vida normal a dicho sujeto, no puede extrañar que el examen total del problema demande enfoques multidisciplinarios que van desde el estudio de la organización misma de la sociedad y su finalidad como tal, de los poderes estatales y sus límites, de la naturaleza humana y sus reacciones, de la regulación social de los comportamientos y las medidas aptas para encauzarlos, de los derechos del hombre y de su alcance, hasta multitud de aspectos filosóficos, políticos, económicos, jurídicos, biológicos, psicológicos, sociológicos, educativos y culturales” (ver nuestro libro *Evolución del Derecho Penal en el presente siglo*, 1977).

*satisfacer algunas dudas conectadas a problemas jurídicos de gran amplitud**, no esperábamos vernos ocupados, nuevamente, en indagaciones propias de la insistente y refinada abstracción que caracteriza a la teoría jurídica del delito.

Nuestros colegas del Consejo de Dirección de la Asociación Internacional de Derecho Penal se encargaron de alterar nuestro propósito al designarnos, en 1981, relator general del primer tema sobre el que ha de ocuparse el XIIIº Congreso Internacional de Derecho Penal que se celebrará en octubre de 1984: “Delitos de omisión y responsabilidad por omisión”. El honor que esta designación envolvía para nosotros, el interés por corresponder a la deferencia de los ilustres miembros de ese organismo y el desafío que tan difícil tema implica, nos llevaron a la aceptación del cometido. El Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela, para el cual trabajamos como docente de posgrado e investigador durante el año lectivo de 1982, facilitó esta decisión al aceptar que nuestro tema anual de investigación se centrara en “Los delitos de omisión”.

A lo largo de varios meses, por consiguiente, hemos recorrido las obras asequibles, generales y monográficas, dedicadas a los delitos de omisión y hemos reflexionado sobre los innúmeros y complejos problemas que suscita en todo estudioso una figura jurídica de esta clase.

Nuestra primera sorpresa, al profundizar un te-

* Puede mencionarse, entre ellos: *Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico* (1982).

ma que antes habíamos examinado únicamente en sus aspectos generales, como otro de tantos que la doctrina penal sitúa dentro de la estructura teórica del delito, fue el descubrimiento en él de dificultades mucho más arduas y graves que las que habíamos captado hasta entonces. Pronto advertimos que las complicaciones podían allanarse, en parte, acudiendo a conocimientos jurídicos más amplios y fundamentales que los propios de la especialización penal y entendiendo la función del ordenamiento jurídico —según nos parece correcto— como un instrumento de una mejor organización de la vida social. Hémos aquí, pues, conectados parcialmente, una vez más, con enfoques de teoría general del Derecho que habían logrado suscitar nuestro mayor interés como juristas.

Una prolongada meditación sobre el tema y la revisión de muy valiosos aportes de la doctrina penal a su respecto, han tenido para nosotros un efecto similar al que resultaría de observar un tejido celular con microscopio electrónico, siendo que antes lo habíamos mirado tan sólo con los pocos cientos de aumento de un microscopio tradicional: el objeto llega a parecer diferente en razón de tantos aspectos nuevos que era imposible apreciar en la primera forma de examen. Y, por cierto, al percibir tantas cosas antes inadvertidas, han de cambiar las explicaciones y las apreciaciones que antes hicimos con una información mucho más limitada. El descubrimiento de tantas novedades nos ha permitido, además, por la inversa, advertir algunas facetas capaces de alterar incluso ciertos “pre-juicios” en

materias básicas de Derecho. Es lo que nos ha sucedido con el concepto de bien jurídico, entre otros.

El resultado de todos estos estudios y reflexiones está consignado en el presente trabajo, al menos en los aspectos que nos parecen de importancia. Porque hay mucho detalle, de ese que gusta tanto a quienes hacen del tecnicismo y de la teorización una meta (en lugar de utilizarlos apenas como un medio destinado a un mejor, más claro y más ordenado conocimiento), del que vamos a prescindir.

El relato general destinado a la consideración del próximo XIIIº Congreso Internacional de Derecho Penal, está constituido principalmente por un estrecho resumen de este estudio y será publicado como parte de los trabajos oficiales de ese Congreso. Las habituales limitaciones de índole económica y de espacio impusieron para este relato fortísimas reducciones de extensión y obligaron a una versión tan sucinta, que en algunos puntos podrá calificarse como de difícil comprensión. Nos alegra, por consiguiente, haber podido plantear nuestro criterio sobre los delitos de omisión en la forma que se lee a continuación.

Caracas, marzo de 1983.

E. N. M.

ÍNDICE

ADVERTENCIA	VII
EXORDIO	IX
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

BREVE RESEÑA HISTÓRICA

1. Las explicaciones iniciales	9
2. Las ideas posteriores	12
3. La solución se halla fuera de la teoría del delito.	15

CAPÍTULO II

LAS BASES JURÍDICAS DE LA OMISIÓN

4. Concepto de Derecho	17
5. Las normas jurídicas	19

CAPÍTULO III

LA INFLUENCIA IDEOLÓGICA LIBERAL-INDIVIDUALISTA

6. La tesis liberal-individualista	23
7. El reflorecimiento de esta ideología	25

CAPÍTULO IV

LA REACCIÓN SOCIALIZANTE

8. La crítica del liberal-individualismo	29
9. La importancia del interés colectivo	30
10. La idea del deber jurídico	31
11. Superación del Derecho puramente prohibitivo ..	33

CAPÍTULO V

LAS NORMAS JURÍDICAS DE MANDATO

12. Mandato, deber y omisión	35
13. Normas primordiales de mandato	36
14. Mandatos jurídicos de origen ético	38
15. Mandatos originados en modernas condiciones de vida	40
16. Mandatos impuestos por razones de solidaridad y de colaboración social	41
17. Los derechos humanos sociales	42

CAPÍTULO VI

LOS DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN Y SU CONFIGURACIÓN TÍPICA

18. Los tipos omisivos	45
19. Las descripciones directamente referidas a una omisión	46
20. Las descripciones que no mencionan explícitamente un omitir	47
21. Las descripciones de doble sentido	48
22. Las descripciones explícitamente alternativas	49

23. Los delitos propios de omisión	50
24. Omisión e inactividad	51
25. Tipos con resultado externo y delitos propios de omisión	51
26. Omisión y resultados típicos	53
27. Otros aspectos del tipo omisivo	55

CAPÍTULO VII

DEBATE SOBRE LOS DELITOS DE MERA DESOBEDIENCIA

28. La tesis de Munhoz Netto	57
29. Algunas ideas de Antolisei	59
30. Nuestra posición sobre delitos de pura desobediencia	61

CAPÍTULO VIII

LA OMISIÓN COMO FENÓMENO NATURAL, SOCIAL Y JURÍDICO

31. Sobre un concepto común que cubra a acción y omisión	65
32. La búsqueda de soluciones	67
33. La omisión como fenómeno natural y prejurídico	69
34. La omisión y el mundo circundante	72
35. Refutación de Mezger	75
36. Consideración social de la omisión	76
37. Explicación objetiva de la omisión	77
38. La valoración jurídica de la omisión	78
39. Importancia de la omisión como categoría jurídica.	80
40. Refutación de Zaffaroni	82
41. Omisión simple y causación	84

CAPÍTULO IX

EFECTOS JURÍDICOS DE LOS DELITOS
PROPIOS DE OMISIÓN

42. Efectos materiales y jurídicos	87
43. El objeto jurídico del delito	88
44. Efectos jurídicos inmediatos y mediatos	90
45. Los efectos jurídicos del delito propio de omisión	95

CAPÍTULO X

DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN Y BIEN
JURÍDICO

46. El concepto de bien jurídico	97
47. Los derechos humanos fundamentales	98
48. Intentos de ensanchamiento del concepto de bien jurídico	101
49. La discusión doctrinal	102
50. Insuficiencia del concepto de bien jurídico	104
51. Reformulación necesaria	105

CAPÍTULO XI

PARALELO ENTRE DELITOS DE ACCIÓN
Y DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN

52. Interés del paralelo	109
53. Ventajas del concepto natural de omisión	110
54. Ambigüedades de la doctrina	112
55. Nuestra posición	113
56. Algunos aspectos puntuales	116

CAPÍTULO XII

LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN

57. Omisiones a las cuales siguen lesiones jurídicas ..	119
58. Primera aproximación al delito impropio de omisión	120
59. Una mayor aproximación al concepto	120
60. Debate sobre la distinción entre delitos propios e impropios de omisión	122
61. Refutación de Jescheck	123
62. Otros argumentos	126
63. Razón de ser de los delitos impropios de omisión ..	127
64. Balance sobre el debate	129
65. Ubicación sistemática de los delitos impropios de omisión	130
66. Mayor relieve teórico de los delitos propios de omisión	132

CAPÍTULO XIII

LA POSICIÓN DE GARANTE

67. Reducción de los sujetos que pueden cometer de- lito impropio de omisión	135
68. El llamado a impedir una lesión	136
69. La obligación jurídica de actuar y su delimitación	137
70. Nuestro desacuerdo con Jescheck	139
71. Las legislaciones penales frente a los delitos impro- pios de omisión	140
72. Las fuentes de la obligación de actuar	141
73. En busca del contenido de la obligación de actuar	144
74. Rechazo del bizantinismo en la materia	145
75. Ideas complementarias	147

CAPÍTULO XIV

OMISIÓN Y CAUSALIDAD

76. Antecedentes	149
77. El error básico del planteamiento causal	153
78. La cuestión sobre causalidad en los delitos impropios de omisión	159
79. La doctrina que sostiene la causalidad	160
80. La doctrina que rechaza la causalidad	163
81. Nuestra posición	163

CAPÍTULO XV

LAS CAUSAS Y FACTORES AJENOS
A LA CONDUCTA OMISIVA

82. La movilidad del mundo físico externo	169
83. El ordenamiento jurídico ante esa movilidad	171
84. Las exigencias jurídicas impuestas al hombre ...	172
85. Las causalidades ajenas al sujeto, en la doctrina	174

CAPÍTULO XVI

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL
DELITO IMPROPIO DE OMISIÓN

86. Indeterminación del delito impropio de omisión ..	179
87. Posiciones doctrinales variadas	181
88. Una primera línea de argumentación	184
89. La segunda línea de argumentación	187
90. Nuestra posición	189
91. Otras consideraciones de la doctrina	190

CAPÍTULO XVII

LA DISTINCIÓN ENTRE HECHOS DE
ACCIÓN Y DE OMISIÓN

92. Necesidad de criterios prácticos	195
93. Confusión que provoca la teoría finalista	196
94. Los casos dudosos según la doctrina	199
95. Origen de las dudas	201
96. Orientación para solucionarlas	202
97. Nuestras proposiciones	204
98. Un criterio aceptable	206

CAPÍTULO XVIII

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

99. La triple morfología	209
100. Semejanzas entre delitos de acción e impropios de omisión	210
101. Semejanzas y diferencias entre delitos propios e impropios de omisión	211
102. Los corolarios correspondientes	213
103. Cuadro sinóptico	214

INTRODUCCIÓN

Desde que se esbozan las primeras inquietudes por una elaboración racional y sistemática del Derecho Penal, los delitos de omisión se incorporan al grupo de las grandes cuestiones jurídicas que deben alcanzar solución correcta. La historia de estos delitos es antigua y su debate ha sido siempre extremadamente vivo y, a menudo, perturbador.

En el momento actual, los delitos de omisión son presentados de manera tan intrincada y compleja por la doctrina más difundida, que su arduo examen conduce a que fácilmente puedan perderse de vista los fines propios del Derecho Penal y la búsqueda, por su intermedio, de una vida social pacífica y ordenada, primeros y esenciales objetivos de una ciencia jurídico-penal, para pasar a convertirse en verdadera piedra de toque que permite, más bien, calibrar la capacidad intelectual del estudioso y su dominio de la minuciosa y exacerbada filigrana técnica que prevalece.

Este estudio será presentado, deliberadamente, en una forma en que los problemas de la omisión queden aligerados y simplificados, sin eludir con ello los importantes extremos que exigen solución. Procedemos así por varias razones que es conveniente explicitar.

Por una parte, pensamos que solamente de esta manera es posible encontrar un tratamiento de tan

difícil materia que abrace las variadas y multi-formes manifestaciones que ella adquiere dentro del ámbito universal, bien alejadas, a veces, de esas tendencias de extremo perfeccionismo que encuentran su mejor eco en determinados círculos científicos, tan conspicuos como reducidos. Un estudio teórico que no olvide que su misión fundamental es la elaboración de principios válidos para el ámbito jurídico universal, exige, en casos como éste, prescindir de algunos comentarios exquisitos y colocar otros a un nivel de fácil comprensión, como forma de buscar fundamentos y desarrollos que sirvan a todos los penalistas del mundo.

Por otra, creemos que en ciertos ambientes jurídico-penales, los cuales pueden ser localizados en algunos pocos países de Europa y en otros que siguen sus influencias culturales, se ha llevado la teorización del Derecho Penal a un grado tan alto de abstracción y de complicación, por medio de conceptualizaciones, sistematizaciones, distingos y subdistingos sutiles, que no es aventurado sostener que se ha llegado, con ello, a una virtual desconexión con la realidad social. Nuestra disciplina, especialmente en lo que concierne a la teoría del delito, se ha visto arrastrada en muchas partes a disquisiciones tan agudas como abstrusas, que la han convertido en un conocimiento impenetrable, no sólo para juristas de otras ramas del Derecho, sino aun para penalistas de criterio equilibrado que no pierden de vista que el Derecho Penal se propone tan sólo evitar la perpetración de hechos graves que envuelven una notable perturbación social, y que no está facultado, por

ello, para transformarse en una ciencia hermética, apta para iniciados que se comunican entre sí mediante un lenguaje incomprensible para los demás. La repulsa que empieza a provocar generalizadamente este "bizantinismo penal" se manifiesta hoy de varias maneras: algunos prefieren conceder más realce al examen de las medidas penales, elemento propiamente diferencial de nuestro ramo; otros optan por volcarse al estudio de los capitales problemas político-criminales; no pocos reclaman la necesidad de poner atención a las particularidades del caso penal concreto (Jescheck)¹, en tanto que algunos denuncian ya las dificultades deprimentes de una dogmática mal planteada (Roxin)² o las sutilezas

¹ H. H. Jescheck, en su *Tratado de Derecho Penal* (Parte general), traducido por S. Mir y F. Muñoz C., Editorial Bosch, Barcelona, 1981, vol. I, ps. 264 y 265, recomienda no desconocer "el peligro que encierra una dogmática jurídico-penal excesivamente anclada en fórmulas abstractas, a saber: el que el juez se abandone al automatismo de los conceptos teóricos, desatendiendo así las particularidades del caso concreto". Y agrega: "lo decisivo ha de ser siempre la solución de la *cuestión de hecho*, en tanto que las exigencias sistemáticas deben permanecer en segundo plano". Pone como un ejemplo de "utilización formalista de principios teóricos" precisamente a la jurisprudencia vertida en materia de delitos de omisión impropia.

² C. Roxin, en *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1972, ps. 23 a 25, 30, 78, 80 y 81, arremete decididamente contra una dogmática con equivocado planteamiento, declarando que en el pensamiento sistemático en general y en la teoría jurídico-penal del delito, en particular, considerados por algunos como agotados en sus posibilidades, existe una crisis que hace necesario examinarlos de nuevo cuidadosamente desde sus principios. A su juicio, hoy no se cree ya en los resultados que se deducen de los conceptos sistemáticos superiores y se piensa poco en la utilidad práctica de tales categorías. Censura especialmente el encierro de la dogmática dentro de sí misma, el dedicarse tan sólo a elaboraciones abstractas, el no abrir ventanas a una consideración de la realidad social y el abandono de las particula-

capaces de partir un pelo por la mitad (Gimbernát)³.

A lo anterior puede agregarse que no siempre es fácil discernir entre aquella parte de la construcción teórica que se sostiene por la pura fuerza de los principios y aquella otra que toma pie de los textos positivos del respectivo país para proponer soluciones dogmáticas que conciernen sólo a una legislación dada. Muchas consideraciones que se explican únicamente por su adscripción a esta última y que carecen por ello de valor universal, son intercambiadas en ocasiones por ese frenesí de elaboración teórico-abstracta, con las peores consecuencias para un ramo que ha de buscar, mucho más que cualquier otro, una claridad y una sencillez excepcionales.

Dentro de este enfoque nos proponemos desenrañar las dificultades y problemas que presentan los delitos de omisión, por la vía de vincular este tema con los principios jurídicos mejor fundados, teniendo siempre presentes, como objetivo principal, las exigencias de una organización social mínima-

ridades del caso concreto, que llevan a que "pueda ser dogmáticamente cierto, lo que desde el punto de vista político-criminal es equivocado, y a la inversa". Concluye: "las abstracciones, ascendiendo cada vez más, se alejan en creciente medida de la realidad...".

³ E. Gimbernát, en *¿Tiene un futuro la dogmática penal?*, incluido en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Homenaje a Luis Jiménez de Asúa, ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 520, explica que a una dogmática penal de excesiva y exagerada elaboración conceptual se le reprocha el tratar de partir un pelo por la mitad. Refiriéndose a la ciencia jurídicopenal trabajada con toda clase de sutilezas, al estilo de *l'art pour l'art*, y que destila opiniones doctrinales, teorías y definiciones, para la cual el delito no es un problema humano sino jurídico, la declara "caída en el descrédito" (ps. 495 a 497).

mente satisfactoria. Reduciremos las abstracciones a lo estrictamente indispensable y daremos primacía tanto a las categorías jurídicas indiscutidas, como, por sobre todo, a los fines últimos del Derecho Penal. En los casos en que sea necesario acudir a ideas o concepciones más profundas o generales, lo haremos con la máxima sencillez, sin pretensión alguna de filosofar (porque tenemos también clara conciencia de nuestras limitaciones).

La meta de nuestros esfuerzos es una explicación sucinta y coherente sobre los aspectos teóricos de los delitos de omisión, que capte las más relevantes características de éstos, que vincule su existencia con las conveniencias de una mejor organización social, que permita discernir entre las variadas formas que aquéllos pueden adoptar, que proporcione una visión de conjunto nítida, clara y lógica, capaz de restablecer los fines y los méritos de un estudio jurídico, y que permita resolver en la forma más simple posible los problemas numerosos que plantean los delitos de omisión, especialmente en el plano legislativo y judicial.

Tal vez el más notable hallazgo de nuestras reflexiones jurídicas sobre el tema, consista en que los estudios generales y monográficos sobre delito de omisión que hemos conocido, pese a su apreciable número, han avanzado muy poco en lo relativo a un acuerdo elemental acerca de los fundamentos y características esenciales de él. Generalmente, dichos estudios prefieren el preciosismo de finas complicaciones técnicas, deteniéndose en extensas consideraciones sobre aspectos derivados y secunda-

rios. ¡Cuánto no se ha escrito sobre el dolo y la culpa en la omisión, sobre tentativa omisiva y sobre la participación en omisión punible, para no citar las interminables divagaciones sobre la obligación de garantía! Empero, a las ideas básicas sobre omisión no se ha destinado igual espacio.

Además, tales estudios dedican parvas explicaciones a los delitos genuinos de omisión, que deberían ser considerados como un elemento teórico primario con el cual ha de ser elaborada una correcta teoría sobre el delito. Se aprecia, en cambio, una clara tendencia a transitar por los retorcidos meandros de los delitos de comisión por omisión, acerca de los cuales se está de acuerdo (con uniformidad muy rara en este ámbito) en que son delitos "no genuinos" de omisión.

Procederemos en forma inversa, pues, ante todo, nos proponemos fijar claramente las bases de la omisión punible, para —luego— examinar en forma sintética todo aquello que corresponda a consideraciones cada vez más apartadas de lo central. Debido a ello, destinaremos a los delitos propios de omisión la mayor parte de nuestras explicaciones, dejando para los delitos impropios de omisión el espacio más reducido que juzgamos adecuado para ellos.

No sería temerario, a estas alturas, asegurar que, pese a la intrincada complicación con que han sido tratados, los delitos de omisión siguen siendo los parientes pobres de los hechos punibles. Y eso ocurre porque no obstante tener, desde un punto de vista teórico, una importancia casi equivalente a la

de los delitos de acción, no han merecido el estudio que les corresponde, pese a que una penetración más honda en ellos tiene indudable repercusión en ámbitos penales más generales. Tan cierto es esto, que nos proponemos mostrar que pueden proporcionar abundantes ideas, hasta para efectuar una revisión de los fundamentos y finalidades del propio Derecho Penal. ¡A tal punto estamos convencidos de que hurgando dentro de los delitos de omisión pueden brotar directrices adecuadas para un perfeccionamiento de la teoría jurídica del delito y aun para una revisión de aspectos básicos del Derecho Penal! Por cierto que en contra de estas posibilidades conspira la inevitable dispersión doctrinal que se hace presente tan pronto se menciona el tema de la omisión punible.

Para exponer las ideas o conceptos generales que vamos a utilizar, eludiremos las definiciones, siempre propensas a diseñar innecesariamente posiciones diversas o antagónicas, para buscar preferentemente explicaciones descriptivas, más neutras y menos controversiales. Lo que esto agregue de imprecisión, en algunos casos, quedará sobradamente compensado con una mayor facilidad para la captación del sentido general del desarrollo del tema.

Lamentamos que nuestra insuficiencia bibliográfica nos prive de mencionar las ideas de los penalistas de todo el mundo que han aportado sus luces en el tema. Desafortunadamente para nuestro estudio teórico hemos contado, principalmente, con textos que proceden de aquellas tendencias doctrinales que criticamos.

Pero, basta ya: pongamos fin a tanta advertencia y pasemos de lleno al examen de los delitos de omisión. Que la explicación sencilla que aspiramos a proporcionar a su respecto, sirva para disipar las intimidantes prevenciones que despierta en todo penalista la sola mención de estos delitos.

CAPÍTULO I

BREVE RESEÑA HISTÓRICA

1. *Las explicaciones iniciales.*

Para aproximarnos a la comprensión de los hondos y delicados problemas que presentan los delitos de omisión, conviene recorrer las etapas principales de su historia⁴.

Las primeras referencias a estos delitos parecen proceder de la responsabilización de poseedores de animales salvajes causantes de muerte o heridas de otro hombre. Otras reflexiones antiguas a su respecto provienen, también, de casos en los cuales quien custodia a un prisionero lo deja morir por no proporcionarle alimento o en que una madre permite que su hijo recién nacido muera de inanición.

Pero es el período más reciente, esto es, aquel en que el Derecho Penal busca su método propio, el que debe concentrar nuestra atención.

⁴ El resumen histórico que hemos hecho no pretende seguir un orden cronológico riguroso de las ideas sobre omisión. Hemos usado un agrupamiento elemental de ellas que permita apreciar, de partida, las fases de los cambios producidos. Nuestro deseo es señalar aquellas que nos parecen más distintivas para marcar su evolución. Parte importante del material empleado ha estado constituido por la valiosa obra de Enrique Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970.

Feuerbach se ocupó ya de un tratamiento general de la omisión a principios del siglo pasado. Para él existe delito de omisión cuando una persona tiene derecho a la real exteriorización de actividad de otro. Llega a enunciar dos fuentes jurídicas del deber de impedir un resultado: la ley y el contrato. A éstas agrega Stübel el hacer peligroso precedente como nuevo origen del deber de evitar un hecho.

Luden distingue por primera vez entre delitos propios e impropios de omisión y manifiesta especial interés por la relación de causalidad dentro de los últimos. Este autor sostiene que un hombre quieto es impensable y que si él no hace una cosa, hará otra. De aquí surge su idea de que la causa del resultado delictivo es la acción positiva realizada por el sujeto en lugar de aquella acción que debió realizar.

Glaser se refiere por primera vez al concepto de acción esperada, desarrollado posteriormente por von Rohland y otros, y afirma que la causalidad de la omisión se funda en el hecho anterior del autor. A partir de entonces, la causalidad de la omisión se tornará en el centro de atención, especialmente tratándose de delitos impropios de omisión.

Merkel concluye que la omisión impone responsabilidad por la producción de un resultado en tanto el sujeto ha sido puesto de modo responsable, en relación a la integridad de otros, para impedir ese resultado con la ejecución de la acción correspondiente.

Binding piensa que habría una verdadera causa del resultado en la corriente psíquica que detiene

el impulso natural de obrar, pues toda acción contiene al mismo tiempo una provocación y un impedimento del resultado: en parte promueve y en parte impide el peligro. Por consiguiente, la *contención de la voluntad* ha de ser tenida como causa del hecho (teoría de la interferencia).

Von Rohland propone la noción de acción esperada, conforme a la cual una omisión es causal del resultado producido cuando ella era esperada por el ordenamiento jurídico y no se cumplió. Esta noción es desarrollada también por Köhler, el cual avanza hasta un concepto de posición de garante, apoyado en un deber de obrar. La idea de acción esperada va a ser empleada por Mezger como uno de los pilares de su teoría sobre los delitos de omisión.

Von Liszt postula la equiparación de la no evitación de un resultado con la producción de él, con tal que la omisión sea antijurídica, y muchos otros autores lo siguen en su idea de asimilación de acción y omisión, sobre la base de la búsqueda de nexos causales de esta última con el resultado delictivo que se origina.

Es Radbruch quien niega la existencia de un concepto general comprensivo a la vez de la acción y de la omisión, pues el hacer puede causar algo, pero no lo puede un no-hacer. Acción y omisión corresponden, pues, a una dualidad irreductible. Rechaza Radbruch, también, la necesidad de una voluntad de omitir, lo que lo confirma en su concepción dualista.

Hasta aquí podemos apreciar que la mayor parte de las ideas iniciales sobre delitos de omisión se

basan en las analogías y diferencias entre el hacer y el no hacer y, principalmente, en la existencia de un nexo causal entre la omisión y el resultado delictivo. Se explica esto último como una consecuencia de la entrada, a mediados del siglo XIX, del pensamiento científico natural en la teoría del Derecho Penal; pese a lo cual, posteriormente, se ha impuesto la conclusión de que la causalidad no es la cuestión decisiva de la omisión (Jescheck)⁵. Se ha llegado a sostener que todo aquel desarrollo causal fue "largo, penoso e infructífero" (Maurach)⁶, porque la nada (omisión), nada puede causar.

2. Las ideas posteriores.

Por influencia del neokantismo dentro del Derecho Penal, las indagaciones siguientes se encaminan hacia una solución valorativa, la que se anunciaba ya con la teoría de la acción esperada.

Mezger señala que en la base de la omisión está el deber de impedir el resultado, y Sauer precisa que el punto de vista decisivo está en una antijuridicidad material que se refleja en un deber de actuar que surge sobre todo de una introducción y elevación del peligro por parte del omitente. Sobre esta base, Maurach y Gallas elevan el relieve jurídico y valorativo de la omisión, con lo que reducen su

⁵ H. H. Jescheck, ob. cit., vol. II, p. 827.

⁶ R. Maurach, en su *Tratado de Derecho Penal*, traducción de J. Córdoba Roda, edición Ariel, Barcelona, 1962, declara que "la causalidad de la omisión figura entre las cuestiones más artificiosas y estériles que gravan innecesariamente a la ciencia jurídica penal alemana" (p. 271).

naturaleza real, para reconocerle un sustrato preponderantemente normativo. Y algunos sugieren que en la omisión punible hay un contenido de injusto equivalente al de la comisión punible.

Las tendencias normativas van a ocuparse, a propósito de la comisión por omisión, de determinar las fuentes del deber de actuar, para llegar, luego, a la noción más exacta de deber de garantía (emanado de una posición de garante). Lo que sucede en la omisión, conforme a este pensamiento, es que el sujeto vulnera intereses entregados a su custodia, dejándolos desprovistos de su protección.

Un matiz diverso adopta Nagler, en cuanto postula ubicar el problema de la omisión dentro de la tipicidad, pues es el tipo el que da sentido equiparativo a la mera inactividad con la actividad.

Welzel, consecuente con su finalismo, asevera que acción y omisión son dos subclases independientes de la conducta humana, que se ligan entre sí por ser *dominables* por la voluntad de actividad final. Es el dominio potencial del hecho por el sujeto lo que convierte a una inactividad en omisión. En ésta concurre, pues, una finalidad potencial y basta para ella que el sujeto tenga la posibilidad de dominar el hecho.

A Armin Kaufmann toca llevar a un alto desarrollo los problemas de los delitos de omisión, sobre la base de admitir un concepto general de conducta como capacidad de obrar guiada por una voluntad; esta conducta puede presentarse como activa o pasiva y ella constituye el objeto al cual se dirigen la prohibición o el mandato. Admite que la no-acción

humana no puede ser causa de un resultado, pero acepta un efecto causal de condiciones negativas. Deja claramente establecido que en la omisión no existe un dolo, entendido como voluntad de realización, y niega diferencias entre el mandato de actuar que se da en los delitos propios e impropios de omisión, bien sea en cuanto a la naturaleza del mandato o a su contenido, pues ambos se dirigen a la evitación de un resultado. Para este autor, la esencia de la comisión por omisión no se halla en su estructura dogmática sino en su conformación axiológica, para la cual ha de existir un mandato con contenido de impedir la lesión o el peligro de lesión del bien jurídico propio de un tipo de acción, en los casos en que esa lesión o peligro sea equivalente en injusto y culpabilidad a dicho tipo de acción. En el curso de este estudio aludiremos a otras ideas de este autor⁷.

Lo que hemos expuesto en tan apretada síntesis, permite captar el enfoque tan variado que la doctrina, principalmente alemana, ha dado a los delitos de omisión. Las diferencias y oposiciones se agudizan en grado importante, como ha podido apreciarse, debido a las dificultades y dudas específicas que plantean los delitos impropios de omisión. Estas dudas y dificultades, según ya puede advertirse, se centran en varios aspectos: *a*) en cuanto a si la acción y la omisión pueden ser equiparadas, bien sea desde un punto de vista natural, bien desde un punto de vista jurídico en relación con la pro-

⁷ Ver: Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959.

ducción de un resultado descrito por la ley penal; *b*) en cuanto se admite la necesidad lógica de no atribuir a cualquier persona la obligación de impedir ese resultado; y *c*) en cuanto los tipos legales aplicables parecen hacer referencia explícita únicamente a conductas activas.

3. *La solución se halla fuera de la teoría del delito.*

Lo que llevamos expuesto muestra que, hasta ahora, la generalidad de los penalistas ha situado el problema de la conducta omisiva dentro de la teoría jurídica del delito y que, dentro de ésta, lo ha conducido en verdadera peregrinación por casi todos los diferentes elementos y características del delito. Localizado primeramente en el concepto de conducta, y tras la discusión inherente a si hay o no un concepto superior y general que abarque simultáneamente a acción y omisión, toda la atención de los juristas se volcó hacia si puede o no haber una relación causal entre una omisión y un resultado típico. Seguidamente, se vinculó el concepto de omisión con la contradicción de una norma imperativa determinada, llevándolo, de esta manera, a la antijuridicidad, negándole o restándole realidad natural. Quienes lo han colocado dentro del tipo piensan que la existencia de una omisión sólo puede aceptarse penalmente en tanto la voluntad del legislador penal, bien sea explícitamente declarada, bien sea deducible claramente del sentido del tipo, admita la penalidad de aquello que no se hace.

Nuestro propósito es demostrar que parte im-

portante de estas discusiones, que aparecen propuestas dentro de la teoría jurídica del delito o como aspectos de algunos de los componentes de éste, han sido localizadas incorrectamente, pues no es ése su lugar apropiado. A nuestro juicio (y en esto no pretendemos una completa originalidad, pues algunos autores —como lo veremos— proporcionan ideas parcialmente coincidentes), el concepto de omisión está no solamente fuera de la teoría del delito, sino que también fuera del propio Derecho Penal. La omisión es una categoría común a todo el Derecho; forma parte por ello de una teoría general del Derecho; encuentra su fundamento en los fines propios de éste y su explicación en plano jurídico debe anteceder a cualquier vinculación de ella con problemas de índole específicamente penal. Esto no se opone, por cierto, a que presente dentro del Derecho Penal formas y manifestaciones especiales que corresponde esclarecer a la dogmática penal; pero a nuestra rama le corresponde recibirlo desde fuera, como un concepto autónomo y maduro, cuyos lineamientos generales no puede modificar. Y esto, pese a que la omisión va a ser objeto de importantes condicionamientos dentro del Derecho Penal.

CAPÍTULO II

LAS BASES JURÍDICAS DE LA OMISIÓN

4. *Concepto de Derecho.*

Para encontrar una explicación cabal de lo que es la omisión, es preciso apartarse de la teoría del delito y aun del Derecho Penal, y remontarse hasta la naturaleza misma del Derecho, de sus fines y de la forma como éstos se alcanzan⁸.

Pensamos que para ello no es indispensable sumergirse en densas lucubraciones filosóficas y que algunas consideraciones teóricas generales pueden ser suficientes para suscitar un consenso entre los juristas.

El Derecho puede ser tenido como un régimen de ordenación de la vida social conforme a un plan previo⁹. La sociedad civil necesita de un orden dado, que determine la condición de cada uno de sus miembros, que regule las relaciones entre ellos y que imponga un régimen de organización al conjunto;

⁸ Escribimos "Derecho" con mayúscula para indicar el Derecho objetivo (*law*) y diferenciarlo del derecho subjetivo (*right*), facultad jurídica que se reconoce a un sujeto, el que será escrito con minúscula.

⁹ La existencia de un plan previo puede aparecer con mayor evidencia en los sistemas legislativos escritos. Pero aun en sistemas jurídicos consuetudinarios o de *case law* sería posible llegar a fundamentar el acuerdo del ordenamiento vigente con una concepción social determinada que se presenta como previa, al menos desde un punto de vista lógico.

portante de estas discusiones, que aparecen propuestas dentro de la teoría jurídica del delito o como aspectos de algunos de los componentes de éste, han sido localizadas incorrectamente, pues no es ése su lugar apropiado. A nuestro juicio (y en esto no pretendemos una completa originalidad, pues algunos autores —como lo veremos— proporcionan ideas parcialmente coincidentes), el concepto de omisión está no solamente fuera de la teoría del delito, sino que también fuera del propio Derecho Penal. La omisión es una categoría común a todo el Derecho; forma parte por ello de una teoría general del Derecho; encuentra su fundamento en los fines propios de éste y su explicación en plano jurídico debe anteceder a cualquier vinculación de ella con problemas de índole específicamente penal. Esto no se opone, por cierto, a que presente dentro del Derecho Penal formas y manifestaciones especiales que corresponde esclarecer a la dogmática penal; pero a nuestra rama le corresponde recibirlo desde fuera, como un concepto autónomo y maduro, cuyos lineamientos generales no puede modificar. Y esto, pese a que la omisión va a ser objeto de importantes condicionamientos dentro del Derecho Penal.

CAPÍTULO II

LAS BASES JURÍDICAS DE LA OMISIÓN

4. *Concepto de Derecho.*

Para encontrar una explicación cabal de lo que es la omisión, es preciso apartarse de la teoría del delito y aun del Derecho Penal, y remontarse hasta la naturaleza misma del Derecho, de sus fines y de la forma como éstos se alcanzan⁸.

Pensamos que para ello no es indispensable sumergirse en densas lucubraciones filosóficas y que algunas consideraciones teóricas generales pueden ser suficientes para suscitar un consenso entre los juristas.

El Derecho puede ser tenido como un régimen de ordenación de la vida social conforme a un plan previo⁹. La sociedad civil necesita de un orden dado, que determine la condición de cada uno de sus miembros, que regule las relaciones entre ellos y que imponga un régimen de organización al conjunto;

⁸ Escribimos "Derecho" con mayúscula para indicar el Derecho objetivo (*law*) y diferenciarlo del derecho subjetivo (*right*), facultad jurídica que se reconoce a un sujeto, el que será escrito con minúscula.

⁹ La existencia de un plan previo puede aparecer con mayor evidencia en los sistemas legislativos escritos. Pero aun en sistemas jurídicos consuetudinarios o de *case law* sería posible llegar a fundamentar el acuerdo del ordenamiento vigente con una concepción social determinada que se presenta como previa, al menos desde un punto de vista lógico.

esto lo cumple el Derecho. Tienen razón, pues, quienes describen al Derecho en términos cibernéticos como un modelo de vida social ajustado a un programa.

En plano universal no existe, sin embargo, un modelo único de ordenación social. Al contrario, existen variados modelos, determinados por las características propias de los respectivos pueblos, por el ambiente físico que los rodea, por sus raíces culturales, por el curso previo de su historia y por otros factores. Además, son posibles muchos otros modelos, fuera de los que realmente existen. Pero todos ellos, los reales y los posibles, entienden o pretenden alcanzar el mayor bien de cada uno de los miembros de la sociedad y del conjunto, conforme a contenidos que no son jurídicos, sino políticos, económicos y sociales¹⁰. Todos estos modelos se declaran destinados a asegurar la mayor felicidad posible a los individuos que componen el cuerpo social y sostienen apoyar una forma de organización social altamente eficiente, establecida con aquel propósito.

El Derecho es uno de los instrumentos de que se valen las diferentes concepciones políticas, económicas y sociales para alcanzar los fines que ellas declaran. Toda forma concreta de organización social que aspire a proporcionar un mayor bienestar común y una vida más plena a cada uno, será informada por varios factores, de los cuales uno de los más importantes —el destinado a asegurar directa-

¹⁰ No corresponde ocuparse, aquí, de casos en los cuales quien dispone del poder lo utiliza para satisfacer propósitos autocráticos o para desahogar sus pasiones.

mente la eficacia del modelo y su permanencia mediante medidas coercitivas— será el Derecho¹¹. Por esta razón puede aceptarse que el Derecho no es otra cosa que un conjunto de reglas de conducta destinadas a dar forma a cierta estructura social y que por su naturaleza se propone, asimismo, asegurar la subsistencia de esta estructura.

El Derecho, como vasto sistema de reglas de ordenación social, ha de cumplir su función mediante un conjunto de prescripciones que se dirigen a los miembros de la sociedad y que imponen a éstos determinadas formas de comportamiento. Estas prescripciones son denominadas normas jurídicas y están destinadas a asegurar que el comportamiento de esos miembros (cualquiera que sea su rol social) se ajustará a las exigencias del modelo previsto¹².

5. *Las normas jurídicas.*

Las normas jurídicas tienen siempre por destinatario a uno o a varios seres humanos, bien sea

¹¹ Al conferir al Derecho un carácter instrumental y formal y al reservar a las ideologías políticas, económicas y sociales el contenido y sustancia de un modelo social determinado, creemos asignar a la explicación un alcance más universal y presentar una fórmula apta para lograr un mayor consenso. Esta idea la hemos fundamentado en nuestro *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI Editores, 5ª edición, 1981, México. En esta obra explicamos cómo ese formalismo puede evitar críticas relativas a la posibilidad de abusos del poder legislativo, especialmente mediante la noción de derechos humanos.

¹² Es conocido el valiosísimo aporte efectuado por H. Kelsen y por los penalistas K. Binding y Max E. Mayer en materia de normas jurídicas. Aquí, como es de suponer, no podemos extendernos en el tema más allá del señalamiento de algunas bases indispensables para fundamentar el concepto de omisión.

en cuanto a su condición genérica de tales, bien sea en función del rol social, el poder o la jerarquía que les corresponde cumplir dentro de la sociedad. Tales normas se proponen obtener del respectivo destinatario un comportamiento determinado, y con tal fin le mandan ajustar su conducta a determinadas pautas. Lo ordinario será que si el destinatario desobedece la orden, recaiga sobre él una consecuencia jurídica denominada sanción¹³.

Desde el punto de vista de la estructura de las normas jurídicas, es corriente que puedan distinguirse en ellas: 1) una hipótesis de hecho, o indicación más o menos precisa de las situaciones, casos o circunstancias de hecho para los cuales va a regir; 2) una prescripción relativa a la conducta concreta que ella reclama del destinatario en la hipótesis de hecho prevista, y 3) normalmente, la sanción o consecuencia jurídica que debe recaer sobre el destinatario que trasgrede dicha prescripción¹⁴.

Es preciso que centremos nuestra atención en el segundo de esos puntos: la prescripción relativa a la conducta concreta que la norma reclama del

¹³ No olvidamos que las consecuencias jurídicas pueden tener también un alcance premial, pero no es el momento de entrar en esta clase de consideraciones, porque ellas no miran a nuestro tema específico.

¹⁴ Estamos conscientes de las diferencias doctrinales que pueden originarse en relación con el planteamiento que hacemos. Algunos podrán preferir hablar de una estructura lógica formada por presupuesto de hecho y consecuencia jurídica, en tanto que otros optarán por subrayar la esencia imperativa de la norma mediante la contraposición de precepto y sanción. Dentro del propósito simplificador que nos anima y para fines prácticos, hemos elegido la tripartición que queda expuesta, dentro de la cual confluyen la norma primaria y la norma secundaria, diferenciadas por un sector de la doctrina.

destinatario en determinada situación de hecho. Es allí donde hemos de comprobar que la norma tiene una esencia imperativa¹⁵ destinada a preservar una estructura social determinada¹⁶.

Las normas jurídicas cumplen su finalidad última, que es —como se ha visto— ordenar la vida social en forma óptima, de dos maneras diferentes, ambas presididas por su citada esencia imperativa. Por una parte, obteniendo que los hombres no amenacen, trastornen o lesionen la estructura social establecida mediante acciones suyas dirigidas a tales efectos. Por la otra, obteniendo que los hombres presten colaboración activa para la protección, perduración o progreso de dicha estructura social. En ambos casos se propone que los hombres se sometan al ordenamiento jurídico general que integra todo el conjunto de las normas jurídicas.

Ésta es la razón por la cual las normas jurídicas se expresan tanto en forma prohibitiva como en forma de mandato¹⁷. La forma prohibitiva está des-

¹⁵ Prescindimos, dentro de esta explicación sucinta, de cualquier digresión que pueda confundir el razonamiento central que estamos siguiendo, como podría ser la opinión de Larenz relativa a que habría normas que no son imperativas.

¹⁶ Esta afirmación sobre la esencia imperativa de la norma jurídica se mantiene en plano de teoría general del Derecho y no prejuzga sobre el debate, estrictamente penal, acerca de si la norma punitiva es una norma de valoración, determinante de un valor de resultado, o si es una norma de determinación, fundante de un valor de acto.

¹⁷ Preferimos la claridad de las ideas a la belleza literaria del texto, cuando dividimos las normas en prohibitivas y de mandato. Otros hablan de normas prohibitivas e impositivas (Bacigalupo) o de normas prohibitivas y preceptivas. En nuestro *Curso de Derecho Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1960, t. I, ps. 343 y 344, hablábamos de normas "prohibitivas e imperativas", para señalar las dos formas alternativas

tinada a impedir acciones humanas contrarias al orden establecido (por lo que adquieren un sentido más bien estático o de conservación). La forma de mandato está destinada a obtener acciones humanas necesarias para la supervivencia y desarrollo del orden previsto (por lo que predomina en ellas un sentido dinámico y de cambio).

Lo explicado nos muestra el paralelismo cualitativo que existe entre norma jurídica prohibitiva y obligación de no hacer del destinatario, por una parte, y entre norma jurídica de mandato y obligación de hacer del destinatario, por la otra.

que pueden presentarse (otros agregan —innecesariamente, a nuestro juicio— las normas permisivas). Con el fin de evitar la ambigüedad de un concepto de imperatividad que puede ser común a ambas formas y que arriesga desviar el problema a aspectos diversos, ya aludidos en notas 14 a 16, preferimos hablar de normas “de mandato”, para señalar aquellas que ordenan al destinatario hacer algo. En el fondo de esto hay una dificultad de lenguaje, que probablemente puede ser salvada mejor en otros idiomas.

CAPÍTULO III

LA INFLUENCIA IDEOLÓGICA LIBERAL-INDIVIDUALISTA

6. *La tesis liberal-individualista.*

El más ligero examen de la mayor parte de las legislaciones vigentes en el mundo, permite concluir que en ellas abundan las prohibiciones, mientras que las exigencias de determinadas acciones no son tan numerosas¹⁸.

Esto no es casual, y la razón podemos encontrarla en las bases de vida social exigidas por las concepciones ideológicas dominantes y en la función última que éstas asignan al Derecho.

Ha habido ideologías que han llevado al extremo su defensa de la libertad individual y que, por ello, no sólo resisten a que la ley pueda imponer al ser humano determinadas acciones, sino que postulan que las reglas jurídicas de cualquier clase deben ser reducidas al mínimo posible. Recordemos, por ejemplo, las concepciones políticas del liberal-individualismo, las cuales, con su elevada valoración de

¹⁸ Algunos proponen, como ejemplo de otras épocas, a las prohibiciones totémicas de los pueblos primitivos, más abundantes, al parecer, que las reglas de mandato, derivadas principalmente de las obligaciones rituales. También citan los mandamientos judeo-cristianos, la mayor parte de los cuales —en cuanto miran a los demás hombres y pueden tener, por ello, alcance jurídico— son prohibitivos.

tinada a impedir acciones humanas contrarias al orden establecido (por lo que adquieren un sentido más bien estático o de conservación). La forma de mandato está destinada a obtener acciones humanas necesarias para la supervivencia y desarrollo del orden previsto (por lo que predomina en ellas un sentido dinámico y de cambio).

Lo explicado nos muestra el paralelismo cualitativo que existe entre norma jurídica prohibitiva y obligación de no hacer del destinatario, por una parte, y entre norma jurídica de mandato y obligación de hacer del destinatario, por la otra.

que pueden presentarse (otros agregan —innecesariamente, a nuestro juicio— las normas permisivas). Con el fin de evitar la ambigüedad de un concepto de imperatividad que puede ser común a ambas formas y que arriesga desviar el problema a aspectos diversos, ya aludidos en notas 14 a 16, preferimos hablar de normas "de mandato", para señalar aquellas que ordenan al destinatario hacer algo. En el fondo de esto hay una dificultad de lenguaje, que probablemente puede ser salvada mejor en otros idiomas.

CAPÍTULO III

LA INFLUENCIA IDEOLÓGICA LIBERAL-INDIVIDUALISTA

6. *La tesis liberal-individualista.*

El más ligero examen de la mayor parte de las legislaciones vigentes en el mundo, permite concluir que en ellas abundan las prohibiciones, mientras que las exigencias de determinadas acciones no son tan numerosas¹⁸.

Esto no es casual, y la razón podemos encontrarla en las bases de vida social exigidas por las concepciones ideológicas dominantes y en la función última que éstas asignan al Derecho.

Ha habido ideologías que han llevado al extremo su defensa de la libertad individual y que, por ello, no sólo resisten a que la ley pueda imponer al ser humano determinadas acciones, sino que postulan que las reglas jurídicas de cualquier clase deben ser reducidas al mínimo posible. Recordemos, por ejemplo, las concepciones políticas del liberal-individualismo, las cuales, con su elevada valoración de

¹⁸ Algunos proponen, como ejemplo de otras épocas, a las prohibiciones totémicas de los pueblos primitivos, más abundantes, al parecer, que las reglas de mandato, derivadas principalmente de las obligaciones rituales. También citan los mandamientos judeo-cristianos, la mayor parte de los cuales —en cuanto miran a los demás hombres y pueden tener, por ello, alcance jurídico— son prohibitivos.

esa libertad y sobre la base de que "cada hombre es el mejor juez de sus propios intereses" (Bentham), rechazan no sólo preceptos jurídicos que puedan imponer al hombre una determinada forma de actuar, sino hasta las reglas jurídicas en general, si éstas no se limitan a lo indispensable. "Toda regla de Derecho constituye un daño por sí misma, pues puede tener por objeto la regulación del ejercicio de los derechos, y regular el ejercicio de un derecho equivale, inevitablemente, a limitarlo", decía Beudant a fines del siglo pasado. La historia del Derecho nos muestra varias épocas en que este criterio ha predominado.

Estas ideas se expresan en germen en procesos político-sociales de los últimos siglos. Esto y el auge que ha tenido la idea liberal-individualista, al haberse constituido en la ideología básica del capitalismo (o neocapitalismo) instaurado en el mundo occidental, permite explicarnos que en las legislaciones actuales de este ámbito las prohibiciones jurídicas superen en mucho a las reglas destinadas a exigir al hombre una acción determinada.

Estas concepciones ideológicas cristalizaron en los postulados de la Revolución Francesa y se manifestaron en su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, la cual se concentró en la protección de los derechos individuales. El individuo quedó convertido en centro y finalidad primordial de la organización social, y la protección de sus derechos subjetivos, en el fin esencial del Derecho. Con ello la categoría jurídica de derecho subjetivo individual alcanzó su más alto nivel; la

única misión del ordenamiento jurídico era impedir que se menoscabaran los derechos individuales y resolver los conflictos y pugnas que pudieran surgir entre los individuos con ocasión del ejercicio de sus respectivos derechos. El interés colectivo o social pasaba a ser tenido como una mera suma de las felicidades individuales y se pensaba que el Derecho mismo no era otra cosa que el conjunto sistemático y armónico de los derechos subjetivos de cada uno de los individuos¹⁹.

7. *El reflorecimiento de esta ideología.*

No se piense que estas posiciones extremas hayan desaparecido. Al contrario, en los últimos años se observa un reflorecimiento de ellas. Como prueba debemos mencionar las teorías de F. A. Hayek²⁰, según las cuales el ideal social a alcanzar es un tipo de organización en el que se produzca un orden social espontáneo, no deliberado ni impuesto imperativamente por ninguna autoridad central, el cual denomina Cosmos. En él no pueden admitirse sino reglas abstractas y generales, las que preexisten, se reconocen en la experiencia y no pueden tener un

¹⁹ Al entender el Derecho en esa forma, se olvidaba una función primordial de éste, la que consiste en proporcionar las reglas obligatorias conforme a las cuales se establece una autoridad social, precisando sus atribuciones y poderes, y se organiza un Estado con sus servicios, determinando su misión y sus límites. Este aspecto, tan subrayado por la moderna noción de Estado de Derecho (y, por ello, indiscutido), se esfumaba en aquella idea, sin que fueran bastantes para reparar tamaño olvido las manidas explicaciones basadas en el contrato social.

²⁰ F. A. Hayek, *Law, legislation and liberty*, University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1976.

contenido concreto. Porque si esto último ocurriera, constituirían una invasión en la libertad de cada individuo para diseñar los fines que él decida libremente. Pero además, tales reglas han de ser negativas, pues articularán el ámbito de lo ajeno, de lo prohibido, sin definir ni determinar el de lo propio, de lo permitido. Por ello, todo lo no prohibido queda permitido y el individuo queda facultado para obrar como le parezca. Con ello se abre a cada individuo un espacio exclusivo, en cuyo interior no encuentra límites ni trabas para su acción posesiva, espacio que puede expandirse indefinidamente. Sobre esta base, Hayek concluye: que corresponde al mercado la creación de un orden espontáneo, que ha de reconocerse un derecho de propiedad infinito y que el Estado no puede limitar ese derecho individual ni alterar el orden propietario ya establecido.

También Robert Nozick²¹ analiza desde el punto de vista liberal puro las funciones del Estado y sostiene que ellas no pueden ir más allá de las que correspondan a un Estado gendarme "limitado a las exiguas funciones de protección en contra de la fuerza, robo, fraude, coacción contractual y así sucesivamente...". Sostiene que un Estado más extensivo "violará los derechos de las personas a no ser forzadas a hacer ciertas cosas y es injustificado...". De esto deduce "dos implicaciones notables (que) son que el Estado no ha de usar su aparato coercitivo para el propósito de lograr que algunos ciudadanos ayuden a otros y en orden a prohibir acti-

vidades a la gente para su bien o protección propios". Nótese el rechazo que envuelve esta posición extrema en relación con una concepción solidaria de la vida social, con la existencia de deberes jurídicos del hombre hacia la sociedad y sus miembros y, finalmente, con la idea jurídica misma de omisión y de deber de actuar. Nótese, asimismo, que en último término todo juicio, aun jurídico sobre la omisión, está predeterminado por la concepción política del opinante.

Como si lo expuesto fuera poco, podemos mencionar las tesis sustentadas por el profesor brasileño de Derecho Penal, Alcides Munhoz Netto, las cuales, sin llegar a los extremos indicados, procuran reducir la creación de figuras delictivas de omisión. A ellas nos referimos más adelante (ver *infra*, cap. VII, n° 28).

Como es fácil comprender, el concepto jurídico de omisión tenía y tiene escasa cabida en esas concepciones, salvo en casos excepcionales relativos a las mínimas obligaciones que se imponen al individuo hacia el poder estatal o en relación con él y a obligaciones éticas de tal manera apremiantes que se las eleva a la condición de exigencias ineludibles de la vida social (conviene recordar que se trata de regímenes que se han denominado a sí mismos como occidentales y cristianos).

²¹ R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 1974, Basil Blackwell, p. IX.

CAPÍTULO IV

LA REACCIÓN SOCIALIZANTE

8. *La crítica del liberal-individualismo.*

Esas concepciones ideológicas originaron una reacción de parte de quienes apreciaron en ellas la ausencia de un contrapeso capaz de equilibrar las ideas de libertad e igualdad, predicadas por ellas, con una realidad social de desigualdades —particularmente económicas— cada vez mayores, que afectaba necesariamente a la libertad proclamada. Se criticó la idea de una sociedad atomizada en miembros autónomos y se postuló el deber de todo hombre de preocuparse de sus semejantes, no tan sólo por razones éticas, sino también por obligación jurídica emanada de un sistema de organización social que ha de estar basado en la solidaridad (correspondiente, en parte, a aquella “fraternidad” pregonada por la Revolución Francesa, pero olvidada como realización por sus seguidores).

Se objetó, entonces, el absolutismo de los derechos subjetivos y se establecieron limitaciones para ellos. Se llegó a proponer la noción de “función social” de tales derechos, con la cual se entendió que en la sociedad no cabían, en general, “derechos” en estado puro, sino derechos unidos a deberes hacia la sociedad y hacia los otros miembros de ella²².

²² La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de

9. *La importancia del interés colectivo.*

En suma, surge una poderosa tendencia destinada a hacer resaltar la importancia del interés colectivo como algo que sobrepasa cualitativamente a una simple suma de intereses individuales y que alcanza no sólo a los hombres que actualmente integran la sociedad, sino también a las futuras generaciones; a ver en esa sociedad trascendente a la entidad encargada de velar por el bien de todos sus miembros, y a valorar las ventajas de una comunidad de vida entre los hombres, reconocida como el ambiente más apropiado para el más pleno desarrollo de cada uno de los individuos. Dentro de esta tendencia, opuesta al liberal-individualismo, se advierte gran variedad de matices; ellos van desde mesuradas tendencias sociales reformistas hasta un verdadero socialismo. Brota, de este modo, la idea central de bien común (según la expresión tomista) o de interés colectivo, como nuevo polo que atrae y encauza las nuevas formas de vida social.

Para esta clase de ideas, como es de suponer, adquiere gran relieve la injerencia del Estado dentro de la vida social. El Estado se convierte en el planificador de muchos aspectos de esa vida, especialmente en lo económico y lo social, en el ente

1949, en su § 14 (que repite sustancialmente expresiones del § 153 de la Constitución de Weimar), dice que "la propiedad obliga". Con ello admite que el derecho de propiedad tiene simultáneamente características jurídicas de derecho y de deber.

Hay juristas modernos que objetan o que optan por rechazar de plano la idea de derechos subjetivos; tal es el caso de Kelsen, Dabin y Villey, entre otros.

encargado de asumir cada vez mayores funciones de interés general y en el árbitro de muchos conflictos sociales. El resultado será un gran desarrollo del Derecho Administrativo y Fiscal y la aparición del Derecho Económico.

10. *La idea del deber jurídico.*

En el campo del Derecho aparecen esfuerzos doctrinales tendientes a mostrar la importancia de los deberes del hombre hacia la comunidad dentro de la cual vive. Kelsen llega a situar en primer plano al deber jurídico, por considerar que es la norma prescriptiva primaria del Derecho²³.

Todo esto termina por llegar a la legislación. Es así como en la Constitución de Weimar se introduce un capítulo especial denominado "Derechos y deberes fundamentales de los alemanes", idea que posteriormente acogen otras constituciones modernas²⁴. La idea tiene tanta aceptación universal, que la propia Declaración de los Derechos del Hombre, adoptada por la Organización de Naciones Unidas

²³ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, ps. 120-124.

Es de observar que Augusto Comte, en plano sociológico, había propuesto la eliminación del concepto de derecho "por inmoral y anárquico", para sustituirlo por el de deber (*Système de politique positive*, edición de 1890, p. 361).

²⁴ La consagración de los *deberes* fundamentales del hombre recibe acogida, entre otras, en la Constitución italiana de 1947 (arts. 13 a 54), en la de Venezuela de 1961 (arts. 43 a 116) y en la de España de 1978 (arts. 10 a 55), todas ellas actualmente vigentes.

Los deberes del hombre constituyen hoy día una nota constante en las constituciones de los países socialistas.

rrollo social, en variadas formas que la ley determina. Es cierto que las normas prohibitivas siguen superando cuantitativamente a los preceptos de mandato, pero esto tiene su explicación en diversas razones: una de ellas es la fuerte inercia del Derecho, lento para moverse hacia las líneas que le marcan las nuevas condiciones de vida social; otra, es la forma cautelosa y medida en que muchos países aceptan tendencias que pueden considerarse socializantes; posiblemente la más importante sea el temor de invadir exageradamente el ámbito de libertad de los ciudadanos.

Sin embargo, conforme a esta evolución, es evidente que la omisión alcanza ya, en plano jurídico y cualitativamente, un rango que puede llegar a igualar en importancia a la acción, en tanto a ambas se las aprecie en sus posibilidades vulnerantes del orden jurídico²⁷.

²⁷ Hay penalistas modernos que parecen no percibir plenamente esta equiparación que se ha operado, cualitativamente, entre acción y omisión, desde el punto de vista de la teoría general del Derecho, y que continúan considerando a la segunda como una forma subordinada y excepcional. Algo de ello encontramos en algunas expresiones de H. H. Jescheck, como las que siguen: "los delitos de omisión se hallan a menudo fuera del ámbito de la conciencia ética general"; "el deber de actuar no resulta normalmente tan evidente como el deber de omitir"; "en principio, la misión de las sanciones penales no puede ser la de obligar a los destinatarios del Derecho a la salvación de bienes jurídicos en peligro mediante su intervención personal" (ver ob. cit., vol. II, ps. 828 y 878). Algo semejante parecieran insinuar algunas expresiones de E. Bacigalupo (ob. cit., p. 98), conforme a las cuales declara a los tipos prohibitivos como formas primarias de protección; en cambio, los "tipos impositivos" serían apenas formas secundarias y extremas de protección.

CAPÍTULO V

LAS NORMAS JURÍDICAS DE MANDATO

12. *Mandato, deber y omisión.*

Una revisión de las razones que originan a las normas jurídicas de mandato, nos mostrará la raíz última de los deberes jurídicos correspondientes y será útil para facilitar la comprensión de la estructura de las omisiones. Al presentar este aspecto de la cuestión no entendemos cubrirlo de manera exhaustiva. Nuestro esfuerzo debe ser estimado, apenas, como una exploración inicial de un campo teórico poco desarrollado hasta ahora, que sin duda demanda estudios posteriores más acabados. El insuficiente desarrollo de la teoría en este aspecto puede ser atribuido, ante todo, a las concepciones ideológicas que subestiman las normas jurídicas de mandato, puesto que ellas son las que se han enseñoreado preferentemente en los estudios doctrinales del Derecho. En todo caso, es en este momento cuando empezaremos a divisar la relación que existe entre las consideraciones generales con que hemos iniciado este estudio y los problemas concretos de los delitos de omisión en los cuales ha de centrarse nuestro afán.

Reiteramos que nuestro examen versa únicamente sobre normas de índole jurídica y que, por

consiguiente, tratamos exclusivamente de aquellos mandatos que el Derecho impone a los seres humanos por razón de necesaria ordenación social y cuyo obediencia puede ser exigido hasta por vía coercitiva. Estas normas jurídicas no pertenecen, por cierto, al Derecho Penal, sino que forman parte del ordenamiento jurídico general.

13. Normas primordiales de mandato.

Aun dentro de la teoría jurídica tradicional se ha dado cabida siempre a ciertas normas que obligan a sus destinatarios a hacer algo. Ellas aparecen, por una parte, respecto de destinatarios que invisten cargos y funciones públicas, pues desde que aparece un Estado jurídicamente organizado, se ha entendido que la autoridad, la función y el servicio público constituyen no sólo atribuciones y facultades para quienes los asumen, sino también un deber hacia la sociedad y sus miembros. Que el policía debe impedir los delitos y que los tribunales en lo criminal deben iniciar el correspondiente proceso cada vez que tengan conocimiento de un hecho punible o sean requeridos legalmente para ello, es algo que siempre se ha admitido. Dentro de la legislación penal argentina se inspiran en normas de esta clase los siguientes preceptos del C. Penal: art. 249 (funcionario público que omite o rehúsa hacer o retardare algún acto de su oficio) y 274 (funcionario que deje de promover la persecución y represión de los delincuentes, faltando a la obligación de su

cargo)²⁸. Las normas de mandato alcanzan también a los simples particulares, en los casos de ciertas prestaciones esenciales para la vida social que raramente han sido desconocidas, por individualista que sea la concepción política del Estado correspondiente; tal ocurre con las obligaciones ciudadanas de contribuir económicamente a los gastos públicos y de asumir tareas militares en tiempo de guerra²⁹. Como es natural, la desobediencia a estas normas de mandato ha de ser tenida como una omisión y ha de recaer sobre el omitente la consecuencia jurídica prevista. Como se trata de la omisión de acciones tenidas por esenciales para la subsistencia misma del orden social establecido, tal desobediencia ha sido sancionada, por lo general, de manera penal y ha originado la existencia de los respectivos delitos de omisión.

²⁸ En el Código Penal de Chile hay preceptos semejantes en los arts. 134, 224, número 4, 229 y 253. Dentro del Código Penal de España en vigencia, cabe citar como normas de esta clase a las que inspiran a los tipos previstos en los arts. 187, números 1, 2 y 7, 228, 359 y 371, inciso 1, entre otras.

²⁹ La mayor parte de estas normas se encuentran en la legislación fiscal y militar. Sin embargo, no faltan preceptos legales que obedecen claramente a exigencias que se imponen a los particulares y que tienen señalada sanción penal en caso de incumplimiento. Es así como en el art. 243 del C. Penal argentino se pena a quien "siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva". En el C. Penal venezolano se pena al médico, cirujano, comadrón o cualquier empleado público de sanidad que calle o tarde en comunicar a la autoridad señales de delitos contra las personas que hubiere notado en su asistencia profesional.

En el Código Penal de España aparecen, también, varios tipos que sancionan el incumplimiento de deberes semejantes (arts. 570, n° 7, 576, n° 1, y 580, n° 1).

Se desprende de nuestras explicaciones anteriores que estas normas de mandato aumentan considerablemente en número a medida que se van reconociendo al Estado nuevas funciones que cumplir dentro de la vida social. Es inevitable que un Estado de bienestar (*Welfare State*) o uno social provoque el nacimiento de muchas más normas de esa clase que un Estado gendarme, propio de una concepción más liberal-individualista del Estado³⁰.

Estas primeras normas de mandato son las primordiales y aquellas que podrían ser tenidas como tales por antonomasia. Ningún jurista, cualquiera que sea su ideología, negará su existencia; tampoco la necesidad jurídica de sancionar su violación. Las diferencias se situarán, únicamente, en la mayor o menor cantidad de ellas que se recomiende para su generación legislativa.

14. Mandatos jurídicos de origen ético.

Aparte de las anteriores, en muchas legislaciones puede observarse la existencia de un segundo grupo de normas jurídicas de mandato, constituídas

³⁰ R. Maurach se cuenta entre los autores que mencionan la relación existente entre las normas de mandato y el sistema político-social imperante, cuando explica que en un régimen liberal las normas imperativas son escasas, pero que ellas se incrementan en número dentro de un Estado social (ver ob. cit., p. 263). También J. Baumann alude a la escasez de preceptos que imponen un actuar dentro de la concepción liberal del Estado y del Derecho (*Derecho Penal*, 4ª ed. alemana, traducción de C. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 135). P. Bouzat, sin mayor explicación, reconoce que la política criminal contemporánea tiende a aumentar los delitos de omisión (ver *Traité de Droit Penal et de Criminologie*, t. I, p. 120).

por aquellas que en su origen son de índole pura o predominantemente ética y que no comprometen en forma tan directa y grave la subsistencia del orden social establecido. Para caracterizarlas acudiremos a un caso contemplado desde antiguo en muchos códigos, según el cual ha de sancionarse penalmente a toda persona que no preste ayuda, pudiendo hacerlo sin detrimento propio, a otra que se halla en una situación de grave peligro para su vida o para su salud. Este caso, llamado comúnmente de omisión de socorro, no es otra cosa que la incorporación a la ley de la enseñanza evangélica sobre el buen samaritano (Evangelio de Lucas, X, 30-37). Pese a que se trata de un supuesto de hecho que no va a conmover seriamente los fundamentos del orden social por sí mismos, la situación es tan fustigante desde el punto de vista moral que la ley hace suya la conclusión ética, la eleva a la jerarquía de norma jurídica e inspirándose, posiblemente, también, en propósitos de perfeccionamiento de la calidad humana de los miembros de la sociedad, opta por sancionarla³¹.

³¹ El ejemplo está contemplado como una omisión penalmente tipificada en los arts. 106 a 108 del C. Penal argentino, particularmente en el último, en la parte en que sanciona a quien encontrando "a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad". Regla de esta clase existe en la mayor parte de las legislaciones, aun cuando generalmente es de data relativamente reciente.

Algunos piensan en una influencia sobre las legislaciones del Derecho canónico, en este punto.

También existen preceptos legales que aplican sanción penal al incumplimiento de deberes inherentes a la paternidad, patria potestad o matri-

Es bien explicable que, ante el mayor desarrollo moderno de los principios humanitarios, omisiones de esta clase adquieran mayor relieve jurídico o que se tienda a agravar su sanción.

15. *Mandatos originados en modernas condiciones de vida.*

Hay un tercer grupo de normas de mandato que encuentran su razón de ser en los tan grandes adelantos técnicos de la vida moderna. Estos adelantos, particularmente aquellos que importan el dominio por el hombre de nuevas formas de energía, exigen acciones positivas, especialmente de parte de aquellos individuos que tienen a su cargo o emplean los complejos mecanismos correspondientes, de enorme potencialidad, con el fin de evitar que por salir éstos fuera de control, pudieran convertirse en agentes de destrucción y de muerte³². Todo esto significa un aumento de los deberes jurídicos que gravan a aquéllos y la correspondiente incriminación de nuevas omisiones.

monio, como puede apreciarse en los arts. 487, 583 y 584 del C. Penal español.

En todo caso, ha de tenerse presente que aun cuando se trate de un deber moral en su origen, él pasa a adquirir el carácter de deber jurídico por cuanto la ley lo confirma y lo recibe. No es admisible la idea de deberes puramente morales capaces de obrar como normas de mandato.

³² Normas de esta clase se encuentran principalmente en la legislación moderna sobre protección del medio ambiente, prevención de la radioactividad y control del empleo de energía nuclear, navegación aérea, actividad aeroespacial, etc.

16. *Mandatos impuestos por razones de solidaridad y de colaboración social.*

Un último grupo de normas de mandato puede fluir modernamente de nuevas exigencias de participación y colaboración social para todos los miembros de la comunidad. En tanto a la antigua concepción liberal-individualista haya sucedido una concepción solidaria e integrada de la sociedad, en la que cada individuo contrae la obligación de contribuir positivamente al desarrollo y felicidad de los demás y al bien del conjunto social, y en tanto esta nueva concepción se haya incorporado al Derecho, van a aumentar las normas jurídicas de mandato³³.

Se abre paso, manifiestamente, la idea de que toca a todos los hombres, como una tarea común, conscientemente buscada, procurar no sólo su propia felicidad, sino también hacer posible la de los demás y buscar el bien de la sociedad que los organiza y sirve a todos, razón por la cual puede imponerse como deber jurídico, en varios casos, el de ayudar a los demás o el de desarrollar actividades destinadas a impulsar el bien público.

³³ Un ejemplo de estas nuevas exigencias sociales, llevadas al campo del Derecho, lo constituyen los arts. 16 de la Constitución de Senegal de 1959 y 35 de la Constitución de España de 1978, entre otras, en cuanto en ellos se establece el deber de toda persona de trabajar.

C. Roxin se ocupa de alguna manera de esas exigencias cuando trata de "los fines públicos de prestación", necesarios para la existencia del ciudadano en el Estado social (ver: *Sinn und Grenzen Statlicher Straffe*, 1973, ps. 12 y 13).

17. *Los derechos humanos sociales.*

Quienes, como nosotros, tenemos en muy alta estima los derechos fundamentales del hombre, no podemos olvidar que una multiplicación indiscriminada de las normas de mandato podría llevar a desbordes políticos propios de un totalitarismo. Es algo que ha ocurrido y que podrá seguir ocurriendo en el mundo. No obstante, pensamos que ello no será nunca el fruto de la mera admisión legal de la existencia de deberes de solidaridad y de participación social, pues éstos son legítimos y justos por sí mismos, sino de una concepción que endiosa al Estado y le concede poderes omnímodos sobre los ciudadanos. Pero esto último jamás podrá ocurrir dentro de un Estado respetuoso de los derechos humanos. Lo que sí olvidan muchos, es que entre los derechos humanos fundamentales figuran hoy día, con rango muy destacado, los "derechos sociales", dentro de los cuales se apoyan las exigencias de solidaridad, participación y colaboración social de todos los ciudadanos.

Estos "derechos sociales" adquieren carta de ciudadanía en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y se desarrollan en el Pacto sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966, aceptados directa o indirectamente por todas las naciones del mundo. Tales derechos sociales (trabajo, seguridad social, educación, etc.) envuelven la facultad de todo miembro de la sociedad a exigir de ésta misma, en cuanto expresión de la organización conjunta, y, por consiguiente, a todos los de-

más miembros de ella, lo que se requiera para la plena vigencia de ellos.

En este punto debemos señalar, para una debida relación con las ideas que siguen, que los cuatro grupos de normas de mandato que acabamos de diseñar, corresponden a omisiones genuinas. Ellos originarán, en el caso de obtener protección penal, delitos propios de omisión.

CAPÍTULO VI

LOS DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN Y SU CONFIGURACIÓN TÍPICA

18. *Los tipos omisivos.*

Cuando un hombre desobedece una norma jurídica de mandato, su comportamiento real se traduce en un no hacer aquello que le imponía su deber jurídico con fines bien perfilados de colaboración activa a las exigencias de la organización social establecida. El sujeto ha rehusado, en tal caso, obrar de la manera determinada que le estaba impuesta jurídicamente y ello constituye una conducta contraria al Derecho. Esta explicación corresponde a una consideración de la responsabilidad jurídica que deriva de una omisión y no implica negar la posibilidad de un concepto natural de omisión, el que intentaremos *infra* (ver cap. VIII, n^{os} 33 a 37).

En todos aquellos casos en que semejante falta de colaboración activa a las exigencias de la organización social es tenida por el legislador como gravemente perturbatoria del orden de la sociedad, puede él acudir al Derecho Penal como *ultima ratio* y acuñar la conducta desobediente como un tipo penal.

Cada vez que el legislador tipifique penalmente una conducta omisiva, nos hallaremos en presencia

de un delito genuino de omisión (ver caps. XII, XVI y XVIII).

19. *Las descripciones directamente referidas a una omisión.*

La descripción típica de un genuino tipo de omisión va a quedar centrada en la referencia a un verbo rector significativo de un omitir, en razón de que se ocupa de un determinado comportamiento de abstención. El tipo, por consiguiente, empleará alguna de las formas del verbo "omitir", destinada a señalar como presupuesto de la sanción penal a la abstención de un cierto obrar³⁴.

Esa abstención implicará el no cumplimiento de un deber jurídico concreto por parte del sujeto omitente, pese a que tal incumplimiento no va a ser mencionado, ordinariamente, dentro del tipo. Nadie duda que, desde el punto de vista jurídico, el incumplimiento del deber pertenece a la estructura general del hecho punible de omisión simple, pero al tipo le basta con describir la conducta externa y objetiva que el legislador penal selecciona para que sirva de base a la atribución ulterior de pena, mediante un sistema complejo de valoraciones que debe añadirse.

³⁴ Emplean formas del verbo omitir los tipos de los arts. 108, 249, 250 y 277 del C. Penal argentino, los 224, n° 4, 225, n° 4, y 492 del C. Penal chileno y los arts. 181, 207, 208 y 440 del C. Penal de Venezuela, entre otros.

20. *Las descripciones que no mencionan explícitamente un omitir.*

Hay muchas oportunidades en que las leyes penales encargadas de la tipificación emplean expresiones diversas de formas verbales del verbo "omitir". Tal sucede con las expresiones: "no ejecutar" (una acción determinada) o "abstenerse" de ella, o "no cumplir" o "desobedecer" (una orden)³⁵. Todas éstas, con todo, hacen referencia clara y precisa a una omisión.

Las variadas formas de lenguaje admiten que muchos tipos de omisión estén descritos mediante expresiones diversas. Aunque se empleen en ellos términos un tanto diferentes, con ellos el legislador buscará señalar una conducta tipificada consistente en no hacer algo determinado y, por consiguiente, una omisión. Es lo que sucede con tipos como los siguientes, extraídos del Código Penal argentino: arts. 143 (retener a un detenido o preso cuya soltura haya debido decretar o ejecutar), 147 (no presentar a un menor o no dar razón satisfactoria de su desaparición), 173, n° 1 (no entregar o no restituir a su debido tiempo), 176, n° 2 (no justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener), 235 (no resistir a una rebelión), 243 (abstenerse de comparecer o de prestar declaración o exposición), 262 (dar ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos confiados en razón

³⁵ Cabe mencionar como ejemplos de esta clase los arts. 205, 206, 225 bis, 240, 264 y 273 del C. Penal argentino, 224, n° 2, 226 y 290 del C. Penal de Chile y 180 del C. Penal de Venezuela.

de su cargo, por inobservancia de reglamentos o deberes de su cargo) y 268 (2) (no justificar la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público). No se trata de una indicación exhaustiva.

21. *Las descripciones de doble sentido.*

Menos evidente es la situación cuando el tipo correspondiente emplea formas verbales que pueden significar, de hecho, tanto una acción como una omisión, cual ocurre, por ejemplo, con los verbos "ocultar" y "abandonar", profusamente empleados en varias legislaciones penales positivas³⁶. Porque se puede ocultar algo activamente y también no dando a conocer a otro, que lo ignora, dónde se halla lo que está oculto, y se puede abandonar algo activamente y también no prosiguiendo una actitud de atención y cuidado en relación con aquello que no se debe abandonar. Será una correcta interpretación de estos tipos la que va a determinar si ellos incluyen o no una actitud omisiva.

Un matiz diverso se da en el caso de tipos penales que no aluden en forma precisa ni a un hacer positivo ni a una omisión, sino que utilizan en su descripción palabras comprensivas, mediante las

³⁶ El C. Penal argentino emplea profusamente la expresión "ocultar", según puede comprobarse en sus arts. 149, 154, 173, n° 8, 176, n° 2, 179, 188, 255 y 277, entre otros. También habla de abandonar en los arts. 106, 107 y 252. Pueden consultarse también los arts. 254, 346, 349 y 352 del C. Penal chileno y arts. 209 y 437 del C. Penal venezolano.

cuales el legislador se propone abarcar tanto formas activas como pasivas de realizarlos. Es lo que ocurre en los siguientes artículos del Código Penal argentino: art. 271 (el abogado o mandatario judicial que, de cualquier modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada) y 281 (el que favoreciere la evasión de alguna persona legalmente privada de su libertad).

En estos casos es manifiesto el propósito de la ley de que el tipo se extienda, no sólo al abogado que causa positivamente un perjuicio a su cliente, sino también al que omita, maliciosamente, presentar pruebas que favorecían a éste o interponer un recurso que lo beneficiaba. Lo mismo se puede decir del otro caso, en el cual basta no poner llave al recinto. Y esto, sin forzar de manera alguna la descripción típica, sino que, al contrario, dándole su más cabal aplicación.

22. *Las descripciones explícitamente alternativas.*

Por cierto que difieren de los anteriores aquellos otros tipos penales que están contruidos expresamente sobre la base de que el hecho puede ser realizado alternativamente en forma comisiva o pasiva. En tal caso se halla el art. 248 del Código Penal argentino, conforme al cual se pena al funcionario público tanto si dicta o ejecuta resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales, como si no ejecuta las leyes cuyo cumplimiento le incumbe³⁷.

³⁷ E. Bacigalupo concede tanta importancia a esta clase de tipos.

23. *Los delitos propios de omisión.*

En todos los casos antes considerados, en cuanto se alude a tipos que total o parcialmente apreciados e interpretados, designan exclusiva o alternativamente tipos de omisión, nos hallamos en presencia de genuinos delitos de omisión, por cuanto ellos, o bien están constituidos por un no hacer determinado o bien la descripción legal incluye conductas de esta clase.

Son los tipos de omisión antes señalados los que permiten sancionar penalmente la violación de normas jurídicas de mandato.

A estos delitos genuinos de omisión pertenecen todas las figuras punibles que pueden surgir en los casos en que el legislador decida tipificar cualquiera de las violaciones de deber que hemos presentado en el capítulo V en cuatro grupos separados.

Estos genuinos delitos de omisión han recibido de la doctrina penal el nombre de delitos propios de omisión³⁸. Dejemos en claro, desde luego, no obstante, que en la doctrina existen importantes divergencias en lo concerniente a la caracterización de

que los declara, sin más, como una de las tres formas en que la ley penal se ocupa de la omisión. Las otras dos serían las categorías de la omisión simple y de la comisión por omisión (ver *Lineamientos de la teoría del delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, ps. 147-150).

Para nosotros, aquella clase no pasa de ser una forma de expresión de la ley, carente de toda importancia teórica. Se trata de una forma contingente de elaboración de tipos.

³⁸ Algunos hablan de "delitos de omisión impropia", expresión que no parece correcta, pues la impropiedad está referida al delito, y no a la omisión, ya que ésta, como tal, se da o no se da. Ver E. Bacigalupo, obra citada en nota precedente, p. 157.

los delitos propios de omisión y, también, a la de los llamados delitos impropios de omisión o delitos de comisión por omisión. Las haremos constar más adelante, al tratar de estos últimos.

24. *Omisión e inactividad.*

En todo caso, un delito de omisión, cualquiera que sea su clase, no puede ser identificado necesariamente a una inactividad o pasividad totales por parte del sujeto. El no hacer absolutamente nada (lo que implicaría que ni un solo músculo del cuerpo del sujeto se contrae, reduciéndonos únicamente a los de movimiento voluntario), aparte de ser bien difícil en la práctica, podrá ser una de las formas de incurrir en delito de omisión; pero con mucho mayor frecuencia se incurrirá en este delito cuando se realice cualquier otra acción que no sea, precisamente, aquella determinada que impone el deber jurídico y que está descrita o incluida en el tipo correspondiente. Es por esto que debe subrayarse que el delito de omisión consiste en no hacer algo *determinado*. Esto, sin perjuicio de lo que agregaremos más adelante (cap. VIII, n° 33) sobre posibilidad de obrar por parte del autor, que le es inherente.

25. *Tipos con resultado externo y delitos propios de omisión.*

Hay algunos penalistas que estiman que son delitos propios de omisión únicamente aquellos en que el tipo se agota en la pura desobediencia a la

norma de mandato, por lo que quedarían fuera de este grupo los delitos cuyo tipo agregue a la falta de obediencia la producción de un resultado diferente de la pura inactividad del sujeto.

En esta forma, los delitos propios de omisión no admitirían división en dos subclases, como ocurre con los delitos de comisión, dentro de los cuales pueden distinguirse tipos de acción de pura actividad y tipos de acción con resultado material externo. Con ello, cualquier tipo descriptivo de una conducta omisiva que requiera para su plena integración la producción de un resultado de esa clase, dejaría de estar referido a un delito propio de omisión y habría de ser tenido como un delito impropio de omisión expresamente tipificado.

Aquí topamos con uno de los múltiples tropiezos y dudas que originan los delitos de omisión. Pues bien, reconociendo que la dificultad es seria y que no es fácil pontificar acerca de solución en uno u otro sentido, ya sea para aceptar la tesis ya sea para desecharla, expresamos nuestra opinión en orden a que la sola circunstancia de que en un precepto penal referido a una conducta omisiva se ligue la aplicación de pena a la concurrencia de un hecho material externo al puro no hacer del sujeto, no es bastante para que pueda asegurarse, sin más, que esa figura no puede ser tenida como un delito propio de omisión³⁹. Para inclinarnos en ese sentido tene-

³⁹ Los delitos propios de omisión con resultado material son extremadamente raros. Dentro de la legislación penal española cabe citar los arts. 395 y 488, inc. final, del respectivo código. Esos preceptos guardan correspondencia con los arts. 234 y 348 del Código Penal de Chile. Si

mos variadas razones que habremos de exponer en el cap. XII, cuando tratemos de los delitos impropios de omisión, en el cap. XIV, n° 78, cuando nos ocupemos de la causalidad de ellos, y en el cap. XVIII, al referirnos a sus diferencias con los delitos propios de omisión.

26. Omisión y resultados típicos.

Pero, una cosa es admitir excepcionalmente delitos propios de omisión que requieren de un resultado en el mundo exterior, y otra muy diversa entender que la omisión puede tener por sí misma potencialidad para provocar o causar un cambio en el mundo exterior. Admitir esto último constituye un error abierto, pues si bien una acción positiva puede dar origen a un resultado material externo, nunca podrá ser éste el verdadero efecto de una omisión, según esperamos demostrarlo *infra* (ver cap. XIV).

bien esos tipos emplean la expresión "abandonar", ella señala no sólo una actitud activa sino también omisiva.

Pero en los arts. 488 y 348, ya mencionados, se aprecia, más bien, un tipo de omisión calificado por el resultado. Nótese que en ellos, pese a que alguien pudiera descubrir una supuesta posición de garante de parte del omitente, la sanción corresponde a un delito propio de omisión, sin que se aplique pena de homicidio, que es lo que correspondería si se considerara legalmente como delito impropio de omisión, puesto que se produjo el resultado muerte debido al abandono del supuesto garante.

La variedad de descripciones típicas que existen en las diversas legislaciones es tan enorme, que la doctrina debe ser extremadamente cauta cuando elabora una teoría sobre delitos de omisión que quiera alcanzar validez internacional. En otra forma, lo que se construye no pasa de ser un estudio dogmático de una legislación nacional determinada, no extensible al ámbito universal.

Es importante hacer notar que, aparte de los escasos tipos propios de omisión que señalan la necesidad de un resultado material externo, existen otros que exigen resultados de orden valorativo o preferentemente valorativos. Podrían ponerse como ejemplos el art. 252 del C. Penal argentino (abandonar el destino "con daño del servicio público"), el 376 del C. Penal de España (resultare daño de la causa pública) y el 253 del C. Penal de Chile (grave daño a la causa pública o a un tercero), pues en cuanto aluden a daño de la causa pública ha de entenderse que indican un daño principalmente inmaterial, apreciable en virtud de una estimativa jurídica, social o política⁴⁰. Lo que interesa recalcar es que daños de índole inmaterial tampoco son ajenos a un delito propio de omisión, no obstante que daños de esa especie envuelvan, normalmente, el injusto que es propio de todo delito (ver cap. IX).

De lo expuesto se deduce que salvo casos muy excepcionales, a los cuales acabamos de hacer referencia, los delitos propios de omisión están constituidos por "pura inactividad", en el sentido de que se agotan en la simple no ejecución de un obrar determinado, sin que sea necesario añadir para su punibilidad ningún efecto externo especial ni alteración alguna en el mundo exterior.

Nada de lo expuesto impide, por cierto, que en un tipo de omisión simple el legislador incluya un resultado externo a modo de calificación objetiva del

⁴⁰ En cuanto esos preceptos se refieren a "daño de un tercero" puede admitirse que tratan, principalmente, aunque no en forma exclusiva, de resultados materiales externos.

hecho o de condición objetiva de punibilidad. Será la letra de la ley la que descubrirá, en cada caso, al verdadero carácter jurídico del resultado que se agrega a la omisión.

27. *Otros aspectos del tipo omisivo.*

Lo que se ha dicho concierne, principalmente, al verbo rector en los tipos de omisión y a su referencia a un resultado exterior. El tipo de omisión estará integrado casi siempre, obviamente, por otros requisitos, semejantes a los que observamos en los tipos de acción, destinados a precisar en la forma más detallada posible la situación objetiva dentro de la cual ha de darse la omisión. Entre ellos se cuentan, por ejemplo, determinadas calidades del omitente punible y otras circunstancias de hecho relativas a su tiempo, lugar y forma, todas las cuales complementan el tipo legal y pueden ser denominadas, en su conjunto, como la "situación típica". Es deseable que en todo tipo de omisión ellas sean detalladas rigurosamente por el legislador.

El incumplimiento del deber que implican los delitos propios de omisión se presenta, de ordinario, por consiguiente, como una pura desobediencia al mandato jurídico de obrar, que no deja otras huellas materiales.

CAPÍTULO VII

DEBATE SOBRE LOS DELITOS DE MERA DESOBEDIENCIA

28. *La tesis de Munhoz Netto.*

El prof. brasileño A. Munhoz Netto, haciéndose eco de otras apreciaciones semejantes y conducido —a nuestro parecer— por una concepción de la organización social cargada de liberal-individualismo, teme que los delitos omisivos de pura desobediencia puedan ser empleados por un Estado absorbente para defensa de meras conveniencias políticas, económicas y administrativas coyunturales, en detrimento del *ius libertatis*⁴¹.

Es tanta su hostilidad a los delitos propios de omisión de pura inactividad, esto es, “aquellos que se consuman por la simple inobservancia del mandato jurídico-penal de actuar”, que por momentos pareciera rechazarlos absolutamente, según se aprecia en algunas frases tajantes, como aquella de que “sólo debe haber delito cuando se lesionen o pongan en peligro bienes inherentes y primordiales del hombre o bienes instrumentales indispensables para su

⁴¹ Alcides Munhoz Netto, *Crimes omissivos*, estudio presentado al Coloquio de Derecho Penal celebrado en Río de Janeiro del 20 al 22 de octubre de 1982, auspiciado por el Instituto de Ciencias Penales de Río de Janeiro, que dirige el prof. Heleno C. Fragoso.

realización social". No obstante, con mayor atención se advierte que llega, en definitiva, a pugnar tan sólo por una "limitación del arbitrio legislativo en la creación de ellos". Es natural —incluso dentro de su posición ideológica— que no llegue al extremo de proponer la supresión de todos esos delitos de omisión, puesto que ellos nunca faltaron ni siquiera en la legislación más individualista.

Fundamenta su criterio en que "la función preponderante del Derecho Penal, en las democracias, es garantizar las libertades humanas fundamentales, asegurando al individuo una ancha faja de acción para el desenvolvimiento de su propia personalidad". A su juicio, principal pero no exclusivamente, en los países en que el Estado de Derecho se alterna con el Estado Policía mediante sucesión entre gobiernos legítimos y dictaduras, "parece extremadamente peligroso considerar (a las figuras delictuosas omisivas de mera desobediencia) como simple instrumento de política social, porque esto implica dar cobertura al poder para toda clase de abusos" en la creación de delitos. Un Estado todopoderoso puede utilizar esas figuras para la defensa de intereses indignos de tutela penal.

"En el Derecho Penal democrático —explica— no es conveniente admitir que el comportamiento delictuoso pueda ser constituido por puro acto de rebelión o desobediencia, como afirman los teóricos del totalitarismo penal. El crimen es agresión de determinado valor. La identificación de este valor es lo que da contenido a la esfera de autonomía del individuo"; y agrega: "El Derecho Penal democrá-

tico es el Derecho Penal de resultado, lo que se contraponen al Derecho Penal de voluntad del nacional-socialismo"⁴².

Pero, extremando otra vez su posición, concluye: los delitos de simple desobediencia son incompatibles con el carácter subsidiario del Derecho Penal, cuya función, dentro de los sistemas democráticos, es la de proteger bienes jurídicos, de manera de permitir el libre desenvolvimiento de la personalidad de cada individuo. La conminación de penas no debe tener en vista la realización de fines trascendentales ni el logro de comportamientos política o administrativamente convenientes a los intereses del grupo dominante. Sólo la lesión efectiva o inminente de un bien jurídico puede justificar la creación de figuras delictivas.

29. *Algunas ideas de Antolisei.*

La posición de Munhoz Netto merece críticas desde diversos puntos de vista, tanto teóricos como prácticos.

Pese a que antes (ver *supra*, cap. III) hemos explicado la utilización del Derecho tradicional como instrumento al servicio de inspiraciones liberal-individualistas y hemos denunciado que se le ha empleado como máscara de dicha ideología, parece

⁴² Recordamos aquí la defensa que hemos hecho en favor de un Derecho Penal de resultado, en contra de intentos finalistas que conducen, en última instancia, a debilitarlo, como son las ideas de "injusto personal" y de primacía del "valor de acto" por sobre el valor de resultado. Ver *Causalismo y finalismo en Derecho Penal*, 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 1982, ps. 87 a 95.

conveniente, a este propósito, reafirmar lo antes expresado y tenerlo por reproducido en este lugar.

Antolisei rechaza ya la vieja concepción de un Estado gendarme, encargado únicamente de mantener el orden público. A su juicio, el Derecho no se agota en esta función en el actual momento histórico. El Derecho no puede ser tenido sólo como un mecanismo de límites y de frenos de voluntades individuales, ni como encargado de la tarea puramente negativa de armonizar los intereses de los individuos y de dirimir sus conflictos, con ánimo de conservar intangible el ordenamiento social existente⁴³.

Es cierto —dice Antolisei— que corresponde al Derecho una regulación de confines y que le toca decir al individuo: “hasta aquí y no más allá”; pero, al mismo tiempo, tiene una *misión organizadora y propulsora*, en cuanto crea organismos de diversa clase y promueve el desarrollo de la vida social. Por consiguiente, el Estado moderno despliega una acción eminentemente *activa*, que se orienta a transformar las condiciones de vida y aun la conciencia del pueblo, para asegurar su progreso y dirigirlo, frecuentemente, hacia determinadas finalidades⁴⁴.

⁴³ F. Antolisei, *Manual de Derecho Penal* (traducción de Del Rosal y Torio), Uteha Argentina, Buenos Aires, 1960, ps. 9 y 10. Ideas semejantes propone este mismo autor en *Problemi penali odierni*, Edit. Giuffrè, Milán, 1940, ps. 77 y ss.

⁴⁴ Es conveniente hacer una precisión a las ideas de Antolisei, en general acertadas: el Derecho occidental no cumple actualmente una misión propulsora y transformadora de la vida social, a pesar de que *debiera* cumplirla. El ordenamiento jurídico vigente en la mayor parte de los países tiene una función eminentemente conservadora y mira, principalmente, a proteger los bienes jurídicos que forman la base de la organización social existente. Es en esa amplia zona estática donde el

“Esta función, esencialmente evolutiva (o progresiva), se manifiesta también en el campo del Derecho Penal, por ser la pena uno de los medios más eficaces con que el Estado puede promover y modificar la vida social”, termina Antolisei.

Al expresar tales ideas, Antolisei no logró, ciertamente, sustraerse a la influencia de ideas totalitarias que imperaban en Italia cuando las propuso primeramente. Tampoco escaparon a esa influencia los penalistas de la Escuela de Kiel, que admitían una “lesión al deber” —en el sentido de “obligación hacia la comunidad popular”— como fundamento último de la esencia de todo hecho punible, en la época del nacionalsocialismo.

30. Nuestra posición sobre delitos de pura desobediencia.

Las diferencias entre lo que nosotros sustentamos y esas propuestas con base totalitaria son harto grandes como para que nos dejemos intimidar por la etiqueta que se nos podría atribuir. En primer lugar, las tentativas del penalismo totalitario tenían un alcance muy vasto, pues alcanzaban al Derecho Penal en general; por nuestra parte, los argumentos que damos tocan solamente a algunos delitos de

concepto de bien jurídico recibe una aplicación conservadora. Pero, junto a ella, habrá de irse desarrollando una zona cada vez más amplia, en la que sean penados como delitos ciertos hechos que obstaculizan el mejoramiento de la organización social y que contravienen la solidaridad entre los hombres.

Nuestras críticas al Derecho conservador pueden consultarse en *El Derecho como obstáculo al cambio social*, citado en nota 11.

omisión. En segundo lugar, basamos nuestra elaboración en principios aceptados universalmente por la humanidad después de la erradicación del nazismo y del fascismo, como lo son la idea de los "deberes de la persona respecto de la comunidad" y los "derechos sociales y económicos" (ver cap. IV). Finalmente, pensamos que el único límite que puede tener un legislador para el uso de sus atribuciones de tal está constituido, en el plano jurídico y cultural, por los derechos fundamentales del hombre; si éstos no se vulneran, el legislador puede adoptar las medidas de bien común que le parezcan necesarias. Con esta restricción, un legislador puede, con miras al bien social, establecer cualquier clase de normas, tanto prohibitivas como de mandato⁴⁵.

La idea de que el poder de legislar quede circunscrito a la lesión o peligro de "bienes jurídicos esenciales a la vida colectiva", implica una apelación encubierta a un jusnaturalismo que rechazamos⁴⁶ y que no es capaz de proporcionarnos mejor solución en el problema de los delitos omisivos.

La posición de Munhoz Netto nos parece impregnada de un negativismo originado en las continuas dictaduras que se suceden en tantos países de América Latina. Es lástima que esa reprochable coyuntura, a la cual él alude con toda claridad, lo haya desviado del correcto enfoque de un punto jurídico de índole teórica, que ha de ser resuelto con-

⁴⁵ Muchos años de exilio por defender los derechos humanos confirman la sinceridad de esta postura. Ver también el capítulo VII de nuestra obra citada en nota 11.

⁴⁶ Ver nuestro *¿Qué queda del Derecho Natural?*, Depalma, 1967.

forme a argumentos jurídicos valederos, universales y permanentes, y no según posiciones ideológicas extrajurídicas o vivencias desagradables acerca de las contingencias de la azarosa vida política de nuestros países.

Es inexacto que en los delitos propios de omisión de simple desobediencia no haya valor alguno protegido por la ley. En ellos generalmente se procura proporcionar la más decisiva protección, que es la penal, a la negativa a colaborar en el plano de los intereses de toda la colectividad, los cuales conforman un valor de máxima importancia. En la época actual, en que el humanitarismo entre los hombres, la solidaridad entre todos ellos y la ayuda a los necesitados, pertenecen al patrimonio ético y cultural de todo el mundo, una resistencia de parte de los destinatarios de la ley a colaborar socialmente en esos aspectos, atenta contra valores concretos que muy pocos podrían discutir y que caen de lleno —por lo demás— en una concepción cristiana de la vida social. A no ser que se continúe creyendo en las virtudes de un individualismo superado⁴⁷.

Finalmente, la tesis de Munhoz Netto no está exenta de alguna ingenuidad. Pensar que un dictador o un gobierno militar no va a incurrir en arbitrariedades o abusos valiéndose de la creación de

⁴⁷ Es lo que parece ocurrir al insigne F. Carrara, en *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Parte general, vol. I, 8ª ed., Firenze, 1897, cuando en su § 30 afirma que "el delito de pura inacción (designación que da al delito de omisión) no puede concebirse sino en los casos en los cuales otros tengan derecho exigible a la acción omitida, porque también el delito de inacción queda sometido al principio fundamental de que no puede existir delito donde no es violado un derecho".

tipos penales de mera desobediencia que podrían ser usados como instrumentos de coerción para el comportamiento de los ciudadanos conforme a criterios políticos y coyunturales, porque se prohíben esos delitos, es algo enteramente ilusorio. Si esos dictadores y gobiernos totalitarios conculcan tantos derechos humanos fundamentales, no es por falta de preceptos constitucionales que los establezcan ni por falta de declaraciones o de pactos internacionales que obliguen a su respeto. Por ello, cuesta mucho entender en qué documento o norma fundamental propondría Munhoz Netto que fuera consignada esa limitación de hacer uso abusivo de tipos delictuosos de mera desobediencia, que reclama.

La argumentación desarrollada en la parte final del cap. VI, que nos parece correcta, nos lleva a la conclusión de que existen delitos de omisión que envuelven una pura desobediencia, los cuales responden a las exigencias de la vida actual. No rechazamos su existencia desde un punto de vista jurídico teórico ni prediquemos inconvenientes que ellos no presentan por sí mismos; tampoco impidamos que ellos puedan aumentar en número en el futuro por aplicación de una política criminal progresista. Pues su aceptación deriva de premisas teóricas firmemente asentadas. En cambio, su impugnación se apoya únicamente en circunstancias contingentes de la política de ciertos países, que no van a ser evitadas con la eliminación de esa clase de delitos. Luchemos, más bien, por que no haya dictaduras y por que los principios jurídicos recobren cabal aplicación en la vida real de todos los pueblos.

CAPÍTULO VIII

LA OMISIÓN COMO FENÓMENO NATURAL, SOCIAL Y JURÍDICO

31. *Sobre un concepto común que cubra a acción y omisión.*

Una de las grandes preguntas —dentro de las tan nutridas disquisiciones que originan los delitos de omisión— ha sido, desde antiguo, la de si es posible encontrar un concepto genérico capaz de abarcar simultáneamente a la acción y a la omisión. La respuesta a ella se halla estrechamente ligada a un examen acerca de las relaciones de la omisión con las realidades del mundo y con el Derecho, porque será esta indagación la que va a orientarnos hacia una solución correcta.

Radbruch objetó la posibilidad teórica de encontrar un concepto común capaz de cubrir al hacer y al omitir, diciendo que “de la misma manera que no es posible subordinar a un término genérico afirmación y negación, es decir, «a» y «no a», tampoco pueden conciliarse acción y omisión, ya se interprete la acción en sentido lato, o como comportamiento humano, o como sea”⁴⁸. De este modo impugnaba la doctrina tradicional, expuesta por Liszt, en orden

⁴⁸ G. Radbruch, en *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, ps. 131 y ss.

a que el hacer y el omitir eran dos formas diferentes de acción, en el sentido amplio de conducta o comportamiento voluntario (manifestación de voluntad)⁴⁹.

El finalismo ha retornado a la idea de que puede concebirse una conducta humana genérica dentro de la cual caben como subclases el hacer y el omitir (tratándose de hechos dolosos), en cuanto ambos importan comportamientos dominados por una voluntad controladora y dirigidos hacia un fin determinado⁵⁰. Según Maurach, esto ha llevado a que en el idioma jurídico alemán haya arraigado la expresión "acción por hacer", correspondiente a los delitos de comisión, y "acción por omitir", correspondiente a los delitos de omisión⁵¹.

Aun cuando pensamos que este debate tiene, en bastante medida, un carácter filosófico, aludimos a él en cuanto sirve para iluminar algunos aspectos que conciernen a la naturaleza misma de la omisión punible.

Es indudable que una oposición tan completa entre tan profundos pensadores jurídicos no puede menos de provocar perplejidad en aquellos que recién se aproximan al problema.

⁴⁹ F. von Liszt, *Tratado de Derecho Penal* (traducción de Q. Saldaña de la 18ª ed. alemana), Reus, Madrid, 3ª ed., t. II, ps. 314 y 315 (§ 30, 1, 1).

⁵⁰ H. Welzel, *Derecho Penal alemán*, Parte general, 11ª ed. (traducción de Bustos y Yáñez), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, ps. 276 y 277 (§ 26, I). En el mismo sentido, Armin Kaufmann y R. Maurach.

⁵¹ Maurach, ob. cit., p. 262.

32. *La búsqueda de soluciones.*

Puede ser de interés conocer otras opiniones autorizadas sobre el importante problema de un concepto genérico de conducta humana capaz de cubrir a la acción y a la omisión. Aun cuando la gran mayoría de los penalistas más conocidos en la actualidad, rechaza la tesis de Radbruch y admite tal concepto genérico (puede mencionarse a Mezger, Welzel, Maurach, Armin Kaufmann, Baumann, Jescheck y Wessels), existen en sus argumentos y en sus juicios sobre la materia diferencias que ilustran acerca de la dificultad de solucionar el punto, no obstante que en ciertos casos pueda percibirse en sus opiniones variadas un tenue hilo conductor común.

Parece conveniente recordar algunas de aquellas opiniones.

Una vieja idea de Beling sostiene que acción y omisión no se diferencian, por cuanto se trata de establecer la significación de un suceso de la vida; la omisión consiste en la contención de los nervios motores, en ella la voluntad domina los nervios, al igual que en un movimiento corporal.

Arthur Kaufmann propone un concepto unitario de acción y omisión, partiendo de una concepción ontológica basada en la responsabilidad; ésta proporciona la característica diferencial de la acción humana en cuanto exteriorización de una personalidad, pues se cifra en la capacidad de autoconciencia y de autodisposición del hombre. "Acción y omisión son ambas, en uno y en el mismo sentido,

acciones, en cuanto en ellas el hombre pone a su servicio un proceso causal”.

Roxin sugiere que una definición de acción (conducta) apta para servir de concepto superior al sistema, ha de tener necesariamente una naturaleza específicamente jurídico-penal y vinculada a la ley (con lo que se opone a un concepto de acción final como realidad ontológica preexistente), pues en los fenómenos jurídicos hay contenidos de significación social⁵².

Jescheck ha preparado el camino para una solución, aprovechando con acierto ideas que se vienen exponiendo desde hace años.

El autor recién citado se ocupa de proporcionar un concepto general de acción, válido para el comportamiento doloso y culposo y para el hacer activo y la omisión, que tenga un contenido material suficiente para que se le puedan referir las características sistemáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad y puedan delimitarse de él las formas carentes de relieve jurídico-penal. A juicio de Jescheck ha de rechazarse tanto la tesis que niega un concepto superior a acción y omisión, como la de que la omisión es un modo de actividad humana equivalente al hacer positivo. La solución ha de encontrarse “en un punto de vista superior de naturaleza valorativa que aúne en el ámbito normativo los ele-

⁵² Ver: E. Beling, *Esquema de derecho penal y doctrina del delito tipo* (trad. de S. Soler), Depalma, Bs. As., 1944; Arthur Kaufmann, *Schuld und Strafe*, Köln, 1966, ps. 25 y ss., y C. Roxin, *Problemas básicos de derecho penal* (trad. de D. M. Luzón Peña), Reus, Madrid, 1976, artículo sobre “Contribución a la crítica de la teoría final de la acción”, ps. 85 a 95.

mentos incompatibles en el ámbito del ser”. Para alcanzarla, acude a un “concepto social de acción” que incluye a la omisión y se basa en un “comportamiento humano socialmente relevante”, entendiendo por comportamiento “toda respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o por lo menos reconocible mediante la realización de una posibilidad de reacción de que aquél dispone en razón de su libertad”. Este concepto atiende, por ende, a “una relación del comportamiento humano con el mundo circundante”.

El concepto social de acción, así explicado por Jescheck, abarca todas las formas de comportamiento humano relevantes para un juicio de imputación y describe en forma concreta el modo de ser de las manifestaciones humanas en el mundo⁵³.

Nos proponemos hacer un esfuerzo para avanzar algo más.

La verdad es que todo depende del punto de vista que se adopte en relación con la omisión.

33. *La omisión como fenómeno natural y prejurídico.*

Si la analizamos desde un punto de vista puramente cinético, como ausencia de un movimiento determinado, sin más, efectivamente la omisión, en cuanto consiste en no hacer algo, podría ser tenida como la nada, por oposición a la idea de movimiento humano físico apto para modificar el mundo mate-

⁵³ Jescheck, ob. cit., vol. I, ps. 289-299.

rial. Pues una acción implica que el aparato muscular del hombre se mueve en cierta forma, constituyéndose en una energía que se manifiesta en la situación existente en el mundo exterior y que origina cambios en ella. Hasta aquí, la conclusión de Radbruch podría ser tenida por válida.

Pero la omisión no es una simple y pura ausencia de movimiento. Existe en ella un aspecto positivo que le es inherente y sin el cual deja de ser tal para hundirse en esa nada propuesta por Radbruch. En efecto, la omisión es ausencia de un movimiento determinado *de parte de quien puede realizarlo*. Nadie diría que una piedra se abstiene de movimiento e incurre en omisión, porque, siendo ella una sustancia inerte, incapaz por sí misma de movimiento, no se mueve. Su falta de movimiento corresponde a algo que es propio de su ser y refleja una incapacidad. Muy diferente es el caso de quien *se abstiene* de un movimiento, pues esto supone que física y circunstancialmente podría ejecutarlo.

Dicho en otras palabras, la omisión no es sólo falta de movimiento; también forma parte de su idea el que ese movimiento que falta pudo ser ejecutado realmente por quien no lo realizó.

Nótese que en esta explicación no introducimos valores ni elementos normativos, sino que hasta ahora aludimos exclusivamente a realidades del mundo físico.

Cuando Radbruch opone la acción (ser) a la omisión (no ser), establece una contradicción que debidamente examinada no es absoluta.

En la esencia de la acción se encuentra cierta

abundancia o riqueza, pues ella denota una realidad desplegada, que introduce una situación nueva en el mundo exterior. Empero, si miramos a la omisión como la no ejecución de un movimiento *que podría ser realizado*, advertimos también en ella algo positivo: la potencialidad de realizar ese movimiento, potencialidad que implica la aptitud y el poder real y actual de producirlo. Esa potencialidad incluye en sí un cierto acto, puesto que nada puede producir lo que no posee de algún modo. Por consiguiente, esa potencialidad, ínsita en la verdadera omisión, no es la nada sino algo muy real⁵⁴.

Sobre esta base, puede admitirse sin dificultad que la omisión de uno o de varios movimientos posibles, de parte de un hombre, no es la nada. Por un lado, la posibilidad de realizarlos constituye una perfección de ese hombre, pues envuelve una capacidad o aptitud suyas para realizar tales movimientos. Por el otro, ella supone fuerzas o energías latentes dentro de su aparato muscular, que permitirían a ese hombre modificar el medio circundante⁵⁵. Tales

⁵⁴ Esta idea, relativa a que no existe omisión sino cuando cierto movimiento no hecho realidad tenía la posibilidad física real de ser realizado, ha sido relativamente descuidada por la doctrina. Casi todos los autores hacen referencia a ella como un requisito que debe ser agregado a la noción de omisión, siendo que —en realidad— es parte esencial de ésta. Corresponde ligarla, además, según se verá *infra*, con la idea negativa de omisión: la ausencia de omisión.

⁵⁵ Aprovechamos para este desarrollo ideas que utilizó la antigua filosofía aristotélica (recogida por la escolástica) para explicar los elementos de lo finito que determinan el devenir, los cuales consisten, según ella, en "acto y potencia". Es preciso advertir que la "potencia" escolástica puede ser tanto pasiva como activa; aquí aludimos únicamente a la activa, que es la que puede ser comparada con la omisión.

Está claro que esa distinción filosófica entre acto y potencia (activa)

aptitudes y fuerzas son vitalmente experimentables y pueden ser medidas con instrumentos adecuados. Pertenecen, pues, a la consideración de la omisión como un fenómeno natural.

Por consiguiente, la supuesta nada en que parecería consistir un no movimiento posible, sólo llega a ser verdadera si examinamos a éste en forma trunca y puramente negativa, olvidando la potencialidad dinámica que le acompaña.

Sería tanto como negar realidad a la energía que contiene una pila eléctrica, solamente porque nuestros sentidos nos muestran a ésta como algo inerte y carente de todo movimiento perceptible.

34. *La omisión y el mundo circundante.*

Sobre esta base, de las notas positivas de una omisión, nos es posible ahora dar otro paso más, que es vincular la actitud negativa del sujeto que incurre en omisión, con el mundo circundante.

El ser humano vive en un medio físico que lo rodea (mundo circundante). Este medio se halla en incesante movimiento, pues a cada momento las cosas van dejando de ser lo que eran para transformarse en algo diferente, al impulso de fuerzas y energías de muy variada naturaleza. Esto vale, tam-

no coincide enteramente con la que se hace entre acción y omisión; pero se le aproxima. Creemos que empleando una parte de los argumentos correspondientes, *mutatis mutandis*, se facilita la comprensión de la idea de omisión como fenómeno natural.

En alguna forma esas ideas de la antigua filosofía han reverdecido en pensamientos posteriores bien ajenos a ella, como son los de Leibniz, Hegel y, aun, los de Hartmann.

bién, para la materia sin vida, constantemente agitada por procesos naturales que la van cambiando. Sus alteraciones influyen sobre el resto y, también, sobre los seres vivos. Las modificaciones se realizan con mucho mayor rapidez en estos últimos (vegetales y animales); dentro de éstos ya el mero existir significa un cambio continuo. Dichas modificaciones alcanzan gran agilidad, diversificación y complicación cuando se trata de seres humanos.

El mundo circundante puede ser cambiado por el ser humano. No nos detenemos aquí en si lo hace por medio de su propio aparato muscular o por medio de instrumentos o mecanismos artificiales que tuvieron su primer origen en su hábil empleo de dicho aparato muscular.

Los cambios que el ser humano puede traer al mundo exterior se presentan en dos formas diversas: algunos corrigen, detienen o impiden procesos causales o cursos de movimiento que se gestan en ese mundo; otros, conservan, mantienen o hacen perdurar algunas situaciones existentes. La primera forma, que es la que aquí interesa, se realiza mediante acción del sujeto apta para alterar el movimiento del mundo circundante; la segunda, mediante una no alteración o la protección de la situación de que se trata. Si aquella acción falta y el sujeto podía realizarla, podemos decir que su abstención de movimiento permitió que el mundo circundante no fuera alterado; esta abstención, esencialmente ligada —según se vio— a la posibilidad de realizar el movimiento ausente, consume una relación entre el comportamiento del sujeto y su medio

circundante. Debido a esa abstención los procesos causales o los cursos de movimiento ajenos al sujeto y que tenían lugar en el mundo circundante, se manifestaron sin impedimento alguno.

En toda abstención de movimiento, por consiguiente, se da una continuación de la movilidad del mundo circundante, siendo que ella pudo ser enervada, perturbada o impedida en una forma precisa. Por ello la abstención, es decir, un no movimiento del hombre que era posible realizar a éste, queda relacionada con el mundo circundante y adquiere el alcance de una especial proyección del sujeto en ese mundo que lo circunda.

La elevada aptitud de su aparato muscular para movimientos muy diversificados, permite al hombre gran variedad de ellos, con lo que los cambios que él puede originar en el mundo circundante van mucho más allá de los correspondientes a su fuerza personal o a su dimensión relativa dentro de aquél. Todo esto, aun sin introducir todavía en esta explicación la inteligencia del hombre y su posibilidad de lograr, con su conocimiento, raciocinio e ingenio (bien sea poniendo a su servicio fuerzas poderosas de la naturaleza, bien sea desviando cursos naturales ciegos), resultados que no guardan relación alguna ni con su tamaño ni con la medida de su propia fuerza muscular.

Que el hombre actúe o no sobre el mundo circundante no es algo que carezca de significación; los efectos que de ello provengan son o pueden ser inmensamente mayores que su propia fuerza y ad-

quirir una importancia considerable como fenómeno del mundo.

35. Refutación de Mezger.

Esta idea de relación entre la actitud del hombre y los sucesos del mundo en que él vive, añadida a la de que en la omisión está ínsita una potencialidad real, ponen de relieve el error de una concepción de acción y omisión como fenómenos aislados de un sujeto individual, que son examinados en ese estrecho marco, desconectado de otras realidades.

A esa concepción, que rechazamos, pertenece, a nuestro juicio, la explicación de Mezger, conforme a la cual "en el delito de omisión faltan las dos características esenciales del hacer activo, a saber: *el hacer y el querer*", con lo que "la omisión sólo puede ser fundamentada desde fuera (externa, normativamente)"⁵⁶. Es indudable que cuando Mezger plantea que en la omisión están ausentes las dos únicas notas que, dentro de su posición clásica, definen a una acción, sin proporcionar elementos naturales que sirvan para sustituirlas, o bien está dando la razón a Radbruch, cuando éste postula que la omisión es la nada, o bien está entendiendo que la omisión es una creación jurídica artificial, enteramente desprovista de base ontológica. Esto último es, asimismo, lo que en definitiva se puede deducir de la afirmación de Zaffaroni: "antes del tipo, es

⁵⁶ E. Mezger, *Tratado de Derecho Penal* (traducción de José A. Rodríguez), 2ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, vol. I, p. 281.

decir, a nivel de la conducta, no hay omisiones, sino que todas son acciones"⁵⁷.

En suma, consideramos que la omisión es un fenómeno real del mundo y que tiene, por ende, una existencia propia que impide confundirla con la nada. Ella dista de ser una creación puramente normativa. Esto, sin perjuicio de reconocer que su comprensión integral no llega a darse sino cuando ese fenómeno natural es vinculado a su importancia dentro de la vida social y a su adecuada valoración jurídica.

36. Consideración social de la omisión.

Dentro de este plano prejurídico, se podría agregar, tal vez, una consideración "social" de la omisión, pues ésta contiene una actitud humana concreta que se sitúa dentro de una vida social compleja y muy rica, dentro de la cual se presentan infinitas variables. En cuanto dicha actitud humana consiste en que el sujeto no despliega aptitudes o potencialidades que podrían influir de alguna manera en esa vida social, la cual, a su vez, está integrada por un vasto conjunto de actividades de todos los demás miembros de ella, adquiere una evidente importancia para esa vida.

Cuanto hemos dicho concierne a la omisión como exteriorización de la personalidad de un sujeto que podría traer cambios al mundo exterior, pues dispone de la capacidad corporal y de la posibilidad

⁵⁷ E. R. Zaffaroni, *Manual de derecho penal*, Parte general, Ediar. Buenos Aires, 1973, p. 386.

efectiva de obrar sobre él, pero se abstiene de hacerlo y deja inmodificadas realidades que pudo alterar. Es en este sentido que la omisión se presenta como un comportamiento humano, o mejor, como una actitud de un hombre, capaz de ser puesta a la par con la acción, en cuanto ambas son manifestaciones de conducta humana de interés para el Derecho. La conducta es, así, el género dentro del cual se comprenden dos especies: la acción y la omisión.

37. Explicación objetiva de la omisión.

Ha sido manifiesto, hasta ahora, nuestro propósito de explicar la omisión como conducta humana, de la manera más objetiva posible, haciendo un esfuerzo por no incorporar a ella ingredientes valorativos ni psíquicos, pues así procuramos mantenernos dentro de la posición clásica, que es la que estimamos preferible para desarrollar y entender, con mayor simplicidad y consistencia, la teoría jurídica del delito. No es el momento para fundamentar nuestra opinión en tal sentido, porque ya lo hemos hecho en un trabajo especial destinado a ello⁵⁸.

⁵⁸ En nuestro opúsculo *Causalismo y finalismo...*, citado en nota 42, hemos expuesto nuestras discrepancias con la teoría de H. Welzel sobre la acción final y hemos preferido, por su sencillez, simetría y comprensión, una especial versión de la teoría clásica que consideramos correcta. En síntesis, criticamos a Welzel por no entender el verdadero alcance de una elaboración conceptual basada en las ideas de género próximo y diferencia específica, por cuanto atribuye inexactamente a la teoría clásica una disociación entre el movimiento corporal humano y los fenómenos psicológicos que pueden acompañarlo. Además, le censuramos que al considerar como conducta humana únicamente a aquella que está dominada por la voluntad encaminada a un fin, cierra de partida la

Pensamos que esto no impide que quienes sigan la doctrina finalista puedan aprovechar partes sustanciales de nuestra explicación, si es que hemos logrado convencerlos acerca de la bondad de ellas. Al contrario, para un punto de vista finalista resulta aun más fácil la comprensión de la omisión con los elementos de juicio que aportamos.

38. *La valoración jurídica de la omisión.*

Nos resta aún el último paso: la valoración negativa que el Derecho hace de ciertas omisiones y que lleva a que ellas sean declaradas antijurídicas, e incluso punibles.

Toca al Derecho apreciar si las actitudes concretas que observa un ser humano que está inserto en la vida social, resultan o no convenientes para el bien de ésta.

Puede ocurrir, y así sucede en el caso de una omisión, que el ordenamiento jurídico reclame al sujeto obrar de manera determinada, con el fin de que así sean cambiados o modificados, mediante su

conveniente inclusión dentro del Derecho Penal de otras actitudes humanas que, sin ser finales, pueden ser evitadas mediante la conminación de penas, pues en alguna medida ellas pueden ser inhibidas por el sujeto mediante la puesta en ejercicio de la voluntad. De ahí provienen las dificultades que el finalismo encuentra en los delitos culposos, en los delitos de omisión, en los delitos de olvido, en ciertos actos automáticos, habituales e impulsivos, y hasta en el dolo eventual. Finalmente, creemos que la elaboración finalista mezcla aspectos objetivos y subjetivos que el pensamiento humano está habituado a separar intelectualmente, con menoscabo de un análisis completo y con riesgo de cruzar, confundir y complicar una estructura teórica del delito de gran amplitud, simetría y coherencia (ver, también, nota 175).

actuar, situaciones o procesos que se están produciendo en el mundo exterior o en la vida social, por considerar que el cambio esperado es más apropiado para el orden correspondiente. En tal caso, el sujeto que desobedece ese mandato omitirá la acción ordenada y permitirá, con ello, que la situación exterior se mantenga sin el cambio que el legislador cree necesario. Mediante un criterio normativo se enjuicia el comportamiento humano (consistente en un no hacer), considerando no sólo lo que efectivamente acaece en el mundo y en el medio social, sino también lo que podría acaecer (como alternativa posible) y sería deseable que acaeciese por medio de una intervención humana apta para lograrlo.

Esto muestra que la valoración jurídica alcanza no solamente a los hechos reales sino también a los hechos posibles y que, para el Derecho, esta posibilidad se expresa como algo potencial y puede ser tan importante como una realidad exteriorizada dinámicamente.

De esta manera es fácil entender que, tratándose de las acciones positivas, los preceptos penales atiendan principalmente a los movimientos corporales humanos reales (perceptibles por los sentidos) y a las modificaciones jurídicamente insatisfactorias que ellos originan en el mundo exterior, y que tratándose de las omisiones, ellos atiendan principalmente a la falta de precisos movimientos corporales posibles, ordenados por la norma jurídica, en cuanto su ausencia puede permitir que en el mundo exterior no se produzca la transformación de una situación o proceso jurídicamente insatisfactorios.

El comportamiento humano ha de ser mirado, por consiguiente, no sólo como una realidad perceptible por los sentidos, sino también como una potencialidad de modificación del entorno o de reacción del sujeto frente a un mundo en el cual abundan procesos de cambio debidos a energías o fuerzas ajenas a él.

Porque la búsqueda de una vida social pacífica, segura y lo más feliz posible, puede requerir que sean introducidos algunos cambios y llevar, consiguientemente, a imponer, en ciertos casos y a ciertos hombres, la necesidad jurídica de hacer algunas cosas. Aquí y en esta forma reciben explicación cabal los cuatro grupos de omisiones que dejamos señalados en el cap. V. Si el destinatario de la norma de mandato deja incumplido el deber de actuar que ésta le impone, el Derecho imputa ese incumplimiento o desobediencia e impone responsabilidad legal al desobediente.

39. *Importancia de la omisión como categoría jurídica.*

Así considerada, la omisión adquiere la calidad de categoría jurídica tan importante, cualitativamente, como una acción que altere una situación existente jurídicamente satisfactoria; porque así como la trasgresión de normas prohibitivas origina responsabilidad legal, también va a originarla la actitud del destinatario que rehúsa el acatamiento de una norma contentiva de un mandato de actuar y que así se niega a realizar algo apropiado para

corregir una situación jurídicamente insatisfactoria o para promover una situación nueva más satisfactoria que la precedente.

Brotan de ello varios corolarios importantes:

a) El hombre y la sociedad que él constituye viven en un medio circundante dentro del cual se dan: 1) situaciones que el Derecho aprecia como satisfactorias para sus fines y que deben ser conservadas, y 2) situaciones que el Derecho aprecia como indeseables y que deben ser corregidas o cambiadas.

b) Las primeras de esas situaciones pueden verse afectadas por movimientos corporales humanos que las cambien o destruyan, caso en el cual quien realiza esos movimientos es tenido como autor del resultado antijurídico (delitos de comisión).

c) Las segundas de esas situaciones pueden verse afectadas por la no realización de movimientos corporales humanos aptos para corregirlas, caso en el cual quien no realizó esos movimientos determinados puede ser tenido como desobediente por haber rehusado cumplir la exigencia jurídica (delitos propios de omisión).

Pese a que nos hemos estado ocupando del comportamiento humano en relación con su ambiente físico circundante, es preciso no olvidar que existen también otros efectos que tal comportamiento puede provocar en el ámbito de un sistema de organización social. Esos efectos, ajenos al mundo material perceptible por los sentidos, pueden consistir en fenómenos o procesos contrarios a los valores que el Derecho se esfuerza por proteger o imponer mediante sus normas prohibitivas o de mandato. Ten-

dremos una visión más amplia de ellos en el cap. IX.

Todo el conjunto explicado precedentemente constituye una especial *relación hombre-mundo-sociedad* que el Derecho procura reglar en la forma que estima más apropiada. Por ello es que en sus raíces, pese a las apariencias diversas y hasta contradictorias, la acción y la omisión son las formas en que se manifiestan en el mundo exterior la libertad y la capacidad de autodisposición del hombre.

Para el Derecho en general y para el Derecho Penal en particular, el ser humano es sujeto, y no objeto; mejor dicho, es *su* sujeto único. El ser humano cuenta con una amplia capacidad de intervenciones activas dentro de la sociedad. Cuando no las realiza, pudiendo hacerlo, está contribuyendo, al igual que cuando las realiza, a modelar un mundo determinado. El Derecho, en cuanto norma conformadora de una sociedad de hombres, ha de ocuparse por ello tanto del hacer como del no hacer.

40. Refutación de Zaffaroni.

Nuestra explicación precedente se aparta notablemente de la que propone E. R. Zaffaroni. Para este destacado penalista argentino, la división entre acción y omisión sería puramente formal, pues se originaría, en definitiva, en “dos técnicas diferentes para prohibir conductas humanas”. Habría únicamente normas prohibitivas que dan origen al tipo, pero ellas podrían ser enunciadas en dos formas diversas: bien sea prohibitivamente (“no matarás”), bien sea preceptivamente (“ayudarás”). Cuando

ellas se enuncian preceptivamente, lo que estaría prohibido sería “el realizar cualquiera otra acción que no fuera la que individualiza el verbo (ayudar)”.

La conclusión de Zaffaroni es que la ley penal contemplaría únicamente acciones y que los tipos que se dicen de omisión no harían otra cosa que describir la conducta jurídicamente admitida, “restando, por ende, prohibida cualquier otra conducta que difiera de la debida”⁵⁹.

A nuestro juicio, el prof. Zaffaroni se ha dejado seducir por una fórmula explicativa basada en el *aliud agere*, que podría tener utilidad para comprender más fácilmente algunos aspectos complicados de la omisión (como se verá *infra*, en su oportunidad), pero que trasformada en la explicación jurídica de las diferencias entre acción y omisión, resulta de una estrechez extrema, pasa por alto importantísimos fenómenos jurídicos y conduce, inevitablemente, a grandes confusiones. En efecto, la proposición de Zaffaroni, al suscitar la existencia única de normas prohibitivas y de acciones prohibidas dentro del Derecho Penal, presenta, entre otros, los siguientes inconvenientes: a) olvida que al Derecho (especialmente a un Derecho moderno) interesa también “exigir” a los miembros de la sociedad con-

⁵⁹ Zaffaroni, ob. cit., ps. 385 y 386.

Pareciera existir relación entre la posición de Zaffaroni y la afirmación de E. Bacigalupo acerca de que ontológicamente sólo hay acciones positivas, por lo que algunas realizan el tipo penal en cuanto descritas como tales por la ley y otras lo realizan justamente por no ser las mandadas (ver ob. cit. en nota 4, p. 71). Tenemos la impresión de que en obra posterior Bacigalupo se muestra más cauteloso (ver ob. cit. en nota 37).

ductas determinadas; *b*) prescinde por entero de la noción jurídica de "deber", en la cual encontramos el verdadero sustento de la idea de omisión y vemos un rasgo distintivo de una evolución jurídica progresista; y *c*) tiende, seguramente contra los deseos de su autor, a una concepción estática y conservadora del Derecho, en cuanto se presta para ser utilizada en la conservación de las situaciones jurídicas existentes. En verdad, no hay la posibilidad de una oposición mayor entre nuestras respectivas tesis; de allí que casi todo lo que hemos explicado y explicaremos adversa a la que él plantea.

41. *Omisión simple y causación.*

Hay excepcionalmente algunos delitos de omisión en los cuales pareciera existir una relación entre el no cumplimiento de una acción debida y ciertos efectos materiales que pretendidamente podrían derivar de ese incumplimiento. En ellos se plantea enseguida la muy difícil cuestión de cómo un no hacer podría dar origen a un resultado en el mundo material externo. Este aspecto es tratado ordinariamente por la doctrina como el problema de la "causalidad" en la omisión.

Como la enorme mayoría de los delitos propios de omisión son delitos de pura no actividad o de desobediencia, por lo que su tipo no se anuda con resultados de ninguna clase en el mundo circundante al sujeto y como algunos de los escasos tipos omisivos en los cuales pudiera sospecharse una relación de esa clase pueden ser explicados sin necesidad

de acudir a nexos causales, dejaremos este problema de la causalidad para cuando tratemos de los delitos impropios de omisión. En éstos sí que no es posible prescindir de su examen. Y lo que allí digamos podría servir para comprender algún excepcional delito propio de omisión que alguna legislación ligara con determinado resultado externo.

Bien entendido que la cuestión de la causalidad será reservada para los delitos impropios de omisión, porque es en ellos donde tiene su inserción práctica más frecuente. Pero esto no implica negar que se trata de un problema teórico que trasciende el ámbito de los delitos impropios de omisión, pues se proyecta a la importante cuestión general de si un no hacer puede ser causa de un cambio en el mundo circundante.

CAPÍTULO IX

EFFECTOS JURÍDICOS DE LOS DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN

42. *Efectos materiales y jurídicos.*

Sostiene Maurach, un poco apresuradamente, que los delitos propios de omisión "son siempre hechos punibles contra la *colectividad*; así, los delitos contra los valores humanitarios, contra la administración estatal o contra la administración de justicia"⁶⁰. Su afirmación no puede ser admitida, porque propuesta en esa forma absoluta resulta falsa. La verdad es que los delitos propios de omisión muy frecuentemente atentan en contra de intereses sociales generales; pero no siempre es así.

Esa frase de Maurach nos sugiere la conveniencia de abordar en este punto un problema de envergadura considerable, que se proyecta hasta los fundamentos mismos de la omisión y de su punibilidad y que no es posible eludir si se desea una profundización dentro de nuestro tema. Ese problema está íntimamente conectado, como es fácil de apreciar, con las razones por las cuales las normas jurídicas mandan realizar ciertas conductas a los individuos y por las cuales el legislador penal dispone sanción para aquellos que desobedezcan tales normas.

⁶⁰ Maurach, ob. cit., p. 265.

Los efectos de los hechos punibles pueden ser de dos especies: materiales y jurídicos. Los primeros consisten en un cambio o alteración del mundo físico externo; los segundos, en males o daños no aparentes y sólo apreciables valorativamente, que pueden observarse como efecto de ellos. De los primeros nos ocuparemos más adelante (ver cap. XIV), cuando expliquemos la causalidad material en los delitos de omisión.

Los segundos han sido tratados con mucha profundidad por la filosofía del Derecho, siempre, y, algunas veces, por la teoría jurídico-penal, en estas oportunidades bajo la denominación usual de "objeto jurídico del delito"⁶¹. No es éste el momento de detenernos en un examen completo de esta materia, muy controvertida, en la cual las disidencias son frecuentes y profundas. Para apreciarlas bastará recordar que algunos tienen como objeto jurídico del delito a la violación de la norma correspondiente y, otros, a determinado derecho subjetivo o a determinado bien jurídico.

43. *El objeto jurídico del delito.*

En forma muy escueta, podemos afirmar que el Derecho se propone orientar las acciones de los seres humanos que forman la sociedad hacia un orden que permita el más pleno desarrollo individual de ellos y también el bien y progreso de toda la comu-

⁶¹ Una obra clásica en este tema es la de Arturo Rocco: *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, escrita en 1913 y reproducida en *Opere giuridiche*, vol. I, Soc. Editrice Foro Italiano, Roma, 1932.

nidad, conforme a modelos extrajurídicos a los cuales aludimos en el cap. II, n° 4. Por su parte, el Derecho Penal se propone dar amparo a las más importantes normas de ordenación social, sean ellas prohibitivas o de mandato, mediante la más enérgica de las reacciones de que es capaz el Derecho, a fin de obtener su respeto por todos los hombres.

De lo anterior resulta que el "objeto jurídico del delito" está contenido en la violación de las normas jurídicas básicas, que el legislador penal ha elegido para otorgarles su protección especial. Esa violación es la que procura evitar el Derecho Penal y la que es realizada por el delincuente. El delito, como hecho punible, es creado por el legislador con el fin preciso de impedirla. Por consiguiente, en ella confluyen el objeto de protección del Derecho Penal y el objeto de ataque de la conducta delictiva. Anticipando explicaciones que daremos *infra*, podemos decir que consideramos solución jurídica más cabal y amplia, con referencia a los delitos de omisión, aquella que aprecia como objeto jurídico del delito la trasgresión normativa, en lugar de acudir al acostumbrado concepto de "bien jurídico", al cual nos vamos a referir críticamente más adelante (ver cap. X)⁶².

El objeto jurídico del delito aparece, en conse-

⁶² A. Rocco distinguió entre objeto jurídico formal y sustancial del delito. El primero correspondería al derecho de obediencia del Estado, a la obligación de obediencia del súbdito e, incluso, al precepto mismo de la ley. El segundo sería el interés que la norma protege, y se dividiría en objeto sustancial genérico (el bien o el interés del Estado en cuanto a su conservación) y objeto sustancial específico (bien o interés del sujeto pasivo específico del delito).

cuencia, como una noción abstracta, esencial para un concepto integral de hecho punible, pero que no siempre aparece con claridad dentro de la legislación positiva, razón por la cual su indagación debe efectuarse por vías deductivas y teleológicas.

Battaglini distinguió entre objeto jurídico genérico (el interés público tutelado por la norma); objeto jurídico específico (el interés público tutelado por determinado grupo de delitos), y objeto jurídico subespecífico (el aspecto particular que el interés puede asumir en un delito concreto)⁶³.

44. *Efectos jurídicos inmediatos y mediatos.*

Con los elementos de juicio expuestos quedamos ya en situación de advertir que cualquier delito ocasiona siempre efectos jurídicos variados, algunos de ellos inmediatos al hecho punible y ligados, en muchos casos, directamente, a su efecto material. En otro sentido, pueden divisarse algunos efectos que afectan a un individuo o a un grupo de individuos y otros que afectan a toda la comunidad humana de la cual él forma parte. No faltan algunos que alcanzan a toda la humanidad, sea como comunidad internacional de naciones, sea como género muy amplio de todos los hombres que existen en el mundo. Podríamos comparar estos efectos con círculos concéntricos cada vez más amplios, que se expanden a partir de un centro formado por el hecho punible.

⁶³ G. Battaglini, *Diritto Penale (Parte generale)*, 6ª ed., Padova, 1941, p. 81.

Para ver más claro en este complejo aspecto, procedamos a base de sucesivas aproximaciones y ejemplos, que nos eviten caer en difíciles honduras filosóficas.

En los delitos de acción con resultado material, que forman el grupo más numeroso de los hechos punibles, el resultado material coincide a menudo con un daño jurídico concreto que la ley se esfuerza por evitar (p. ej.: la muerte de un hombre en el homicidio, la destrucción de bienes por el fuego en el incendio, la contaminación del ambiente en un delito ecológico, etc.). Como los delitos de acción violan una norma jurídica prohibitiva, la acción típica va a representar frecuentemente el menoscabo o la pérdida de algo que la norma quería que fuera respetado y conservado.

Como los derechos fundamentales del hombre de especie individual se cuentan entre aquellos más importantes valores que la ley trata de mantener intangibles, muchos delitos de acción importan un menoscabo o la pérdida directos de algo que constituía un derecho subjetivo de determinado individuo (vida, honor, libertad, derechos patrimoniales, etc.). De esta manera, en muchos hechos punibles de acción, el efecto jurídico del delito es el daño de un derecho subjetivo individual.

Cuando se trata de delitos de acción que no atentan directamente contra derechos subjetivos individuales, puede apreciarse mejor la forma bastante amplia de los efectos perturbatorios del orden social que ellos pueden producir. Es lo que sucede, por ejemplo, con la mayoría de los delitos contra la fe

pública, la administración de justicia, la salud pública o el orden público económico⁶⁴, pues en ellos, aparte del daño concreto que alguno de ellos puede inferir a un individuo determinado, serán consecuencias de interés general las que habrán de ser tenidas en cuenta, preferentemente, por el legislador. En tales casos, el daño ocasionado por el delito afecta de modo directo a toda la organización social, puesto que atenta contra ciertas bases fundamentales del régimen jurídico que se ha dado la sociedad. Adquiere, de este modo, la calidad de víctima del hecho punible la sociedad entera, afectada en valores suyos muy apreciados. Pero esto no impide, en algún caso especial, que el mal que provoca el delito alcance también a algún individuo (como podría ocurrir si se falsifica un testamento solemne que favorece a alguien, eliminando el nombre suyo como heredero).

Lo importante es tener presente que ese daño, que también llamamos "inmediato", con cierta imprecisión, ya que nos faltan elementos lingüísticos que nos permitan una gradación más matizada, y que también podría recibir los nombres de "específico" o de "directo", afecta a toda la colectividad.

Todos los daños jurídicos que hemos indicado hasta ahora, pueden ser tenidos como efectos inmediatos del delito.

Pero no son ellos los únicos efectos jurídicos

⁶⁴ Ver nuestro trabajo *Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico*, publicado en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", Madrid, 1982, reproducido posteriormente por otras revistas jurídicas.

que provienen de un delito de acción, puesto que además éste hiere siempre, de manera particularmente indeseable, una situación social de paz y de respeto del ordenamiento jurídico, que el legislador quiere ver asegurada por elementales conveniencias de interés general. Este aspecto, que toca a los fines generales del Derecho y del Derecho Penal, está presente en todo delito, en cuanto éste constituye una trasgresión especialmente perturbatoria del modelo al cual se sujeta la legislación de determinado país. Pero se trata de un daño de trasfondo, que si bien nunca falta, se halla detrás de los daños inmediatos a que antes aludíamos. Por consiguiente, estos efectos jurídicos podrían ser llamados indirectos o, más bien, mediatos.

Pero manteniéndonos siempre en el plano de delitos de acción violatorios de normas prohibitivas, es posible apreciar algunos otros efectos indeseables de ellos, que van a un punto aún más alejado. Se trata de ciertos efectos mediatos de índole predominantemente psicosocial que origina el hecho punible por sí mismo y que pueden ser explicados, en forma un tanto vaga, como el temor de los demás de que se repita el hecho punible que ha trastornado la vida social; la sensación de inseguridad colectiva que de ello deriva; la desconfianza en la protección de la ley y la consiguiente pérdida del prestigio del ordenamiento jurídico; el fortalecimiento del desprecio de la ley en el delincuente; la atracción que hacia el delito pueden experimentar otros miembros de la sociedad cuya conciencia jurídica es vacilante,