

Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Ciencias Penales.

## **EL DELITO DE OMISION IMPROPIA.**

Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales de la Universidad de Chile



Profesor guía : Luis Ortíz Quiroga.

Memorista : Pablo Gómez Toledo.

Santiago, año 2009.



INDICE.....	3
INTRODUCCION.....	8
CAPITULO 1: EL CONCEPTO DE OMISION.....	10
1.1.- Planteamiento del problema y visión general.....	10
1.2.- El concepto de acción.....	12
1.2.1.- El concepto natural de acción del sistema clásico.....	13
1.2.2.- El concepto de acción del finalismo.....	24
1.2.3.- El concepto social de acción.....	32
1.2.4.- La concepción negativa de la acción.....	37
1.2.5.- El concepto personal de acción de Roxin.....	45
1.3.- El concepto de omisión.....	47
1.3.1.- Concepciones negativas.....	48
1.3.2.- Concepciones positivas.....	54
1.3.3.- Conclusión.....	72
CAPITULO 2: CLASES DE OMISIÓN.....	75
2.1.- Breve visión general.....	75

2.2.- La omisión simple o propia.....	80
2.3.- La omisión impropia.....	81
2.4.- Una nueva clasificación de los delitos de omisión.....	84

### CAPITULO 3: EL DELITO DE OMISION IMPROPIA.....96

3.1.- Conceptualización.....	96
3.2.- El tipo objetivo en el delito de omisión impropia.....	97
3.2.1.- El tipo.....	98
3.2.2.- Estructura del tipo objetivo.....	105
3.2.3.- La situación típica.....	114
3.2.4.- Fuentes del deber de actuar o posición de garantía.....	124
A.- Fuentes tradicionales de la posición de garante.....	126
A.1.- La ley.....	126
A.2.- El contrato.....	127
A.3.- El actuar precedente.....	131
A.3.a) Constituye hacer precedente una acción típica, pero justificada?.....	133
A.3.b) Situación de un hacer precedente no antijurídico.....	135
A.3.c) Una tercera posibilidad.....	137
A.3.d) Nuevas limitaciones.....	143

B.- Extensión de las fuentes de la posición de garantía.....	149
B.1.- La estrecha relación vital.....	149
B.2.- La comunidad de vivienda.....	151
B.3.- La comunidad de peligro.....	153
B.4.- El dominio de la cosa (Sachherrschaft).....	155
B.5.- Los deberes de aseguramiento del tráfico...	156
B.6.- Conclusión.....	161

C.- Nueva orientación de las fuentes del deber de actuar.....	162
C.1.- Deber o función de protección de un bien jurídico determinado.....	164
C.2.- Deber de vigilancia y control de una fuente de peligro.....	169
C.3.- La posición de Jakobs.....	172
C.3.1.- Los deberes en virtud de responsabilidad por organización.....	175
C.3.2.- Deberes en virtud de responsabilidad institucional.....	182

D.- Conclusión.....	186
3.2.5.- Producción de un resultado típico y su imputación a la omisión.....	187
1.- Teoría de la equivalencia de las condiciones.....	189
2.- Teoría de la causa adecuada.....	190
3.- Teoría de la causa necesaria.....	191
4.- Teoría de la relevancia típica.....	191
5.- La causalidad en la omisión.....	192
6.- La imputación objetiva.....	208
3.2.6.- Capacidad de evitar el resultado.....	219
3.3.- El tipo subjetivo en los delitos de omisión impropia.....	223
3.3.1.- El dolo.....	223
A.- Definición de dolo.....	227
B.- Clases de dolo.....	234
C.- El dolo en la omisión impropia.....	239
D.- Elementos que debe cubrir el dolo.....	253
3.3.2.- La culpa.....	256
A.- Concepto.....	256

B.- La culpa en el delito de omisión impropia.....	260
3.4.- La antijuridicidad.....	263
3.5.- La culpabilidad.....	289
3.5.1.- Evolución del concepto de culpabilidad.....	290
3.5.2.- Elementos integrantes de la culpabilidad.....	292
3.5.3.- La culpabilidad en el delito de omisión impropia...	294
3.6.- El principio de legalidad en el delito de omisión impropia...	301
3.6.1.- ¿ La omisión impropia es una vulneración al principio de legalidad?.....	307
3.6.2.- Conclusión.....	312
Bibliografía.....	315

## **INTRODUCCIÓN.**

El presente trabajo de investigación tiene por objetivo realizar un acercamiento al tema de los delitos de omisión en general, y especialmente, a los llamados delitos de omisión impropia. Para esto se comenzará brindando al lector una visión general del concepto de acción y su relación con la omisión, profundizando en la problemática que tanto ha preocupado a la doctrina penal sobre la posibilidad de brindar un concepto de acción que englobe tanto a la acción en sentido estricto como a la omisión. Con posterioridad se intentará otorgar una definición de omisión y establecer una clasificación de los delitos omisivos en base a los últimos avances de la doctrina penal, especialmente extranjera.

Luego de esto, se centrará el estudio en el delito de omisión impropia para lo cual se procederá a estudiar la parte objetiva del tipo de omisión impropia, continuando con la parte subjetiva del éste. Dentro del estudio de la parte objetiva de este delito se analizará detalladamente la exigencia de una posición de garantía como requisito para imponer a una persona el deber de proteger el bien jurídico amparado por el tipo legal, para lo cual se estudiarán las diversas fuentes que la doctrina señala para establecer que una persona tiene el carácter de garante de los bienes jurídicos de otra. En este tema la evolución doctrinal ha sido notoria y muy abundante en los últimos años, lo cual ha contribuido a su complejidad e imprecisión, por lo cual su estudio demandará un análisis



profundo y detallado, para intentar brindar al lector una síntesis clara de la evolución doctrinal en este tema y la orientación que ha seguido la doctrina penal, especialmente alemana, que propone una nueva sistematización en el tema antes señalado.

Posteriormente, como es tradición en la doctrina, se analizará la antijuridicidad y la culpabilidad en el delito de omisión impropia para concluir éste estudio con referencias al principio de legalidad en relación a la omisión impropia para intentar justificar que éste delito no viola el principio de legalidad penal sino que se estructura como una figura que debe ser completada por el juez recurriendo a un tipo de acción expresamente tipificado por la ley.

## **CAPITULO 1: EL CONCEPTO DE OMISIÓN.**

### **1.1.- Planteamiento del problema y visión general.**

El problema de la omisión ha sido una preocupación constante de los juristas desde la antigüedad y, no obstante la abundante bibliografía existente sobre el tema, debe señalarse que éste es uno de los temas en que la doctrina y la jurisprudencia no han podido establecer un criterio único para fundamentar la punibilidad de la omisión ni establecer los requisitos de los delitos omisivos. En la evolución de la dogmática de los delitos de omisión observamos que las diferentes escuelas doctrinarias han intentado dar su concepto de la **omisión** y señalar los requisitos de ésta, pero ninguna ha podido brindar una conceptualización que permita comprender el tema de la omisión en forma segura y exenta de críticas. Es así, por ejemplo, que diferentes autores se han empeñado en dar un concepto unitario de acción que englobe tanto la acción (en sentido estricto) como la omisión para lo cual recurren a conceptos como "comportamiento humano", "actividad humana", lo que, a juicio de ciertos autores modernos, es una búsqueda infructuosa por cuanto no puede englobarse en un solo concepto dos ideas diametralmente opuestas. Otro problema que ha ocupado a la doctrina es el concepto de omisión para lo cual se han sustentado conceptos ontológicos de omisión hasta un concepto normativo de la misma. Toda esta problemática se agudiza aún mas desde que Luden formulara la distinción "entre los delitos de omisión en un sentido propio y delitos que son

cometidos a través de acciones omisivas" (comisión por omisión o delito de omisión impropio)<sup>1</sup> que consisten en la lesión de un derecho subjetivo ajeno, es decir, desde que se observó que un delito de omisión puede no tan solo vulnerar una norma preceptiva ( deber de actuar) sino que existen otros casos en que la omisión además genera un resultado típico prohibido por un tipo legal de acción que no contempla expresamente la omisión como medio comisivo, para lo cual la doctrina comenzará a analizar "la problemática de la equiparación de un comportamiento omisivo y uno activo"<sup>2</sup>, en otras palabras, cuando la omisión de una acción ordenada por el Derecho, que probablemente habría evitado la lesión de un Bien Jurídico, se puede equiparar a la causación activa de ese resultado. (Piénsese en el caso de la madre que deja de alimentar a su hijo de pocos meses de vida y, como consecuencia de esa omisión, el lactante muere. Aquí no nos encontramos ante un simple caso de omisión de socorro sino de homicidio por omisión como lo señala la mayor parte de la doctrina.). Se ha estimado que ésta equiparación requiere que el sujeto omitente tenga un **especial deber de garantía** (posición de garante) pero ni siquiera en este punto las aguas son tan claras, por cuanto, no existe un criterio único sobre las fuentes de la posición de garante y es así que se ha oscilado desde un criterio meramente formal de las fuentes de esa posición (contrato, ley, hacer precedente) a criterios materiales de la misma ("teoría de las funciones"). También se discurre si éste deber de garantía es el único requisito para

---

<sup>1</sup> Silva Sánchez, "El delito omisivo. Concepto y sistema", pág. 8.

<sup>2</sup> Ídem a la nota al pie de página anterior.

sancionar al sujeto que incurre en un delito de omisión impropio o si además se requiere una "equivalencia estructural y normativa" entre omisión y acción.

Como puede notarse el tema de la omisión en general presenta una serie de problemas que se intentará aclarar en los primeros capítulos de esta obra. En cuanto a la comisión por omisión o delito de omisión impropio se dedicará la mayor parte de esta memoria analizando los problemas antes esbozados y analizando con mayor dedicación el tema de una correcta conceptualización de estos delitos, las fuentes de garante de la omisión impropia, entre otros.

## **1.2.-El concepto de acción:**

Para iniciar el estudio de la omisión, es preciso revisar sucintamente los más importantes conceptos de acción sustentados por diferentes corrientes doctrinarias para así comprender las semejanzas y diferencias entre acción y omisión; y, además, analizar la posibilidad, tan anhelada por algunos autores, de establecer un supraconcepto de **ACCIÓN** que englobe tanto a la acción en sentido estricto como a la omisión.

### **El concepto de acción en la evolución de la dogmática jurídico penal:**

En la actualidad coexisten 3 concepciones principales de acción, origen de profundas divergencias en la ciencia jurídico-penal: **el concepto causal, el concepto final y el concepto social de acción.**<sup>3</sup> Además de éstas 3 concepciones se analizarán la **concepción negativa de la acción** (Behrendt, Herzberg) por la gran relación que tiene con el tema en estudio y la posición de Roxin.

### **1.2.1. - El concepto natural de acción del sistema clásico.**

Fundado por Von Liszt y Beling los cuales sostienen que acción es “la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación del mundo exterior”, según la definió por primera vez Liszt.<sup>4</sup> Para Von Liszt, por tanto, la acción (positiva) consistía en 1) **un movimiento corporal**; 2) **causado por un impulso de la voluntad**, movimiento que era; 3) **causa de una modificación del mundo exterior.**

---

<sup>3</sup> Liszt, Tratado de derecho penal, pág. 297 citado por Mir Puig, Derecho Penal, parte general, pág. 153-154. Véase también Roxin, Derecho penal, parte general, tomo 1, pág. 297.

<sup>4</sup> V. Liszt, StrafR, 1891, pág. 128. Citado por Mir Puig, Derecho Penal, parte general, pág. 153-154.

Por tanto, el núcleo esencial de éste concepto era la “**causalidad**”. Este “impulso de voluntad” solo importaba en cuanto **causa** de la conducta externa por lo que, para éstos autores, era indiferente cual era el contenido de la voluntad y si se dirigía o no a realizar el hecho producido, por lo cual solo bastaba que ese contenido de voluntad hubiera causado el movimiento corporal externo. Así Mir Puig señala que “La dirección final de la voluntad no se toma en cuenta por el concepto causal de acción.”<sup>5</sup> Por tanto, sólo basta que exista un acto voluntario que da origen a un hecho típico, sin importar si la voluntad se dirigía a ese fin o a otro completamente diferente. Con mayor asertividad Jakobs señala que para el causalismo “la voluntad humana se toma, pues, como hecho, sin consideración a su contenido y, por lo mismo, sin consideración a su sentido”.<sup>6</sup> Por tanto, lo único que interesa comprobar para el causalismo naturalista es que la acción “voluntaria” ha producido un resultado y la existencia de la relación de causalidad entre el resultado y la acción.

Se puede apreciar que éste concepto de acción (causal-naturalístico) es incapaz de dar una explicación satisfactoria de la “omisión” que no causa nada, que no es un movimiento corporal que cause una modificación en el mundo exterior”.<sup>7</sup> Con posterioridad Liszt modifica su concepto de acción para señalar que

---

<sup>5</sup> Mir Puig, op. Cit. Pág. 154.

<sup>6</sup> Jakobs, Derecho Penal, parte general, pág. 160, 1995.

<sup>7</sup> Mir Puig, op. Cit., Pág. 155.

“acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no-evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria.”<sup>8</sup> Se puede apreciar que existirá una acción si objetivamente se ha emprendido cualquier movimiento o no-movimiento por una persona siempre que en ese movimiento o falta del mismo resida una voluntad. El elemento esencial de la acción será la **“voluntariedad”**. Esta modificación del concepto de acción permitirá a éste autor concluir que en la omisión existe esa voluntad (por tanto, otorgan un concepto amplio de acción que engloba a la omisión) que se manifiesta en “la contención de los nervios motores”. “La voluntad domina aquí los nervios exactamente igual que en el movimiento corporal, y se opone a la innovación y concentración muscular.”<sup>9</sup> Este concepto ha sido criticado y es así que Roxin señala que “... el concepto natural de acción... aunque en atención a los delitos de omisión se renuncie a la “modificación causal del mundo exterior” y se conserve sólo la “voluntariedad” como criterio de la acción, por regla general en las omisiones no se puede probar la tensión muscular o nerviosa necesaria para ello; pues, como los nervios motores no se ponen en movimiento por sí mismos, normalmente no es precisa su contención. Y en el caso de la omisión por imprudencia inconsciente, como en el olvido, falta incluso toda voluntad en el sentido de mero pensamiento, que en cualquier caso no sería suficiente para

---

<sup>8</sup> Von Liszt, StrafR pág. 166, citado por Roxin en Derecho Penal, parte general, pág. 237.

<sup>9</sup> Beling, 1906, pág. 14 citado por Roxin en Derecho penal, parte general, pág. 238.

admitir una acción por falta de exteriorización. Y tampoco resuelve las cosas el tomar como base sólo una “conducta humana dominable por la voluntad”, pues una voluntad que podría haber dominado o controlado el suceso, pero realmente no lo ha dominado, no es voluntad y no cumple el requisito de la voluntariedad en el que al menos han de basarse los delitos comisivos.”<sup>10</sup> Por otra parte, Beling sostiene que debe entenderse por acción “un comportamiento corporal producido por el dominio sobre el cuerpo; ello es, un comportamiento corporal voluntario, consistente ya en un hacer, ya en un no hacer (omisión), ello es, distensión de los músculos.”<sup>11</sup> Esta “**voluntariedad**” sostenida por los autores citados, se refiere a que se haya querido algo pero no se refiere a la “dirección de la voluntad”, al contenido o dirección de la misma. “En principio, se había intentado equiparar la finalidad a la simple voluntariedad del hacer; solo importa que se haya querido *algo*; la dirección de la voluntad es indiferente para el concepto de acción.”<sup>12</sup> El causalismo trata a la acción como “causación de un resultado, como puro factor causal, contentándose con el querer de una determinada conducta, sin preguntar por la tendencia subjetiva del comportamiento, por la dirección de la voluntad rectora.”<sup>13</sup> Las críticas que se formulan a la teoría causal de la acción residen en su incapacidad de dar un concepto satisfactorio de la omisión, por cuanto, como ya se dijo, en la omisión

---

<sup>10</sup> Roxin, op. cit., pág. 238.

<sup>11</sup> Citado por Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, parte general, pág. 346.

<sup>12</sup> R. Maurach, Derecho Penal, parte general, pág. 194.

<sup>13</sup> R. Maurach, Derecho Penal, parte general, pág. 198.



no se puede acreditar la tensión muscular o nerviosa necesaria y en la cual la actividad voluntaria del agente era una contención de esa tensión. “Se hacía demasiado claro que ese concepto “natural” de acción era un invento que nada tenía que ver con la realidad de la acción máxime en cuanto a la concepción de la omisión como exteriorizada mediante una “distensión muscular”. La madre que para matar a su bebé deja de alimentarlo para que muera de hambre y sed, no distendrá ningún músculo si a la hora en que debía darle alimento se dedicaba a practicar gimnasia.”<sup>14</sup>

La segunda crítica que se realiza al causalismo se refiere al contenido de voluntad del comportamiento. “Resulta hoy claro que una conducta es algo distinto de un movimiento con voluntad de hacer el movimiento, por que la “voluntad de hacer el movimiento” no existe por sí, sino que se integra – en forma inseparable- con la finalidad del movimiento. Así cuando muevo un dedo, no tengo una “voluntad de mover un dedo”, sino una voluntad de jugar, tocar, sentir, matar, rascar, etc. La voluntad sin contenido (finalidad) no es voluntad y la acción humana sin voluntad queda reducida a un simple proceso causal.”<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Zaffaroni, op. cit., pág. 346.

<sup>15</sup> Zaffaroni, op. Cit., pág. 346.

Los intentos del causalismo de otorgar un concepto de acción que abarcara la acción propiamente tal y la omisión fueron inútiles y, es así que, uno de sus máximos exponentes como fue Radbruch negara la posibilidad de equiparar la acción (basada en las nociones de voluntad, causalidad y hecho) y la omisión (basada en la negación de esos elementos): un concepto “A” y su contrario “no A” no pueden caer bajo un concepto superior. Según la teoría causal, a la “acción” le pertenecían la **“voluntad”, el “hecho” y la “causalidad” entre ambos**. La causalidad en la teoría de Liszt, Beling y Radbruch fue concebida como el ligamen existente entre dos transformaciones. “Con ésta premisa, Radbruch niega no solamente la causalidad con el resultado sino, además, el nexo entre la voluntad y el hecho, por un lado, y enseguida, la esencialidad de la voluntad en la omisión.”<sup>16</sup> Esto es claro si consideramos que la no-producción de un movimiento corporal aparece como una no transformación, una permanencia en relación a la acción que se omite, por lo cual faltará desde la perspectiva de la voluntad el efecto de transformación y desde el resultado faltará el antecedente de una transformación al cual ligar ese resultado. Como ya se dijo, el causalismo, al igual que el finalismo y la teoría social de la acción (lo que se estudiará más adelante), intentó otorgar un supraconcepto de acción, lo que debe ser profundizado un poco más. Para las corrientes doctrinarias señaladas, el concepto de acción es la piedra angular sobre la que construyen su teoría del delito, por lo cual intentan atribuir a la omisión los elementos, que

---

<sup>16</sup> Enrique Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, Edit. Temis 1983, 2° edición, Pág. 56.

desde sus respectivos puntos de vista, atribuyen a la acción. Para esta corriente, como ya se dijo, acción es conducta humana voluntaria que produce una modificación del mundo exterior y cuyos elementos son voluntad, resultado y relación causal entre ellos, pero llegado el momento de aplicar estas notas a la omisión la escuela causalista se enfrenta a una doble opción: adherir a la posición de Radbruch<sup>17</sup> para el cual la omisión no puede englobarse en el concepto de acción, por cuanto la primera carece de los elementos de la segunda, o bien perseverar en su intento de un supraconcepto para lo cual deben fundamentar la idea de que la omisión presenta elementos similares a los presentes en la comisión. Es así que se dirá que la omisión es equivalente a la acción por que ambas son causales en relación a un resultado determinado y como la omisión es **“no hacer nada”**, nada puede causar – “ex nihilo, nihil”- , entonces, la causalidad de la omisión deberá buscarse en una conducta positiva ya sea anterior o coetánea a la omisión. Son las llamadas teorías del **“aliud agere”** para las cuales omitir consiste en hacer una cosa distinta de la esperada y así Luden<sup>18</sup> señala que todo aquel que omite está, al mismo tiempo, **haciendo algo distinto**, está llevando a cabo una conducta positiva; y es precisamente esta conducta positiva la que es causal respecto del resultado típico

---

<sup>17</sup> Susana Huerta Tocildo, en “Problemas fundamentales de los delitos de omisión”, pág 281 y 283 a 286.

<sup>18</sup> Citado por Susana Huerta Tocildo, en “Problemas fundamentales de los delitos de omisión” en pie de página N° 18, pág. 285. Véase también para este punto Silva Sánchez, op. cit., pág. 120 con referencias a la obra de Luden.

sobrevenido. Para otros autores<sup>19</sup>, no es el actuar coetáneo sino el actuar precedente el que es causal respecto del resultado típico producido. Considero que este intento del causalismo es fallido por cuanto no otorga un supraconcepto de acción sino que se limita a extrapolar las características de la acción a la omisión por lo cual solo bastaría un concepto de acción para lograr su objetivo. Además se le ha criticado su visión de la causalidad por cuanto no puede señalarse que al dejar de alimentar la madre al hijo para tejer, ese acto de tejer sea causal de la muerte del hijo.

Con posterioridad Mezger intentará otorgar un supraconcepto de acción señalando que el que actúa siempre “hace algo” mientras que el que omite no es que “no haga nada”, sino que “deja de hacer algo”<sup>20</sup>, por lo que dirá que detrás de toda omisión hay siempre una acción esperada, concluyendo que, entre acción y omisión hay un elemento en común que consiste en que ambos conceptos están referidos a un **valor** (influencia del neokantismo para el cual no bastaba con observar y describir hechos, sino que exigían el **comprender** y el **valorar el sentido de los hechos**), pero con esta referencia a la “acción esperada” y a “valores”, Mezger “está extrapolarlo el tema al terreno de la antijuridicidad”<sup>21</sup> con lo cual, el pretendido supraconcepto de acción pierde su

---

<sup>19</sup> Krug, Glaser, entre otros, citados por Silva Sánchez, La omisión..., pág. 70.

<sup>20</sup> Susana Huerta Tocildo, Problemas fundamentales de los delitos de omisión, 1987, Pág. 286.

<sup>21</sup> Ídem, pág. 285.

función como “elemento de enlace o unión”<sup>22</sup> entre las diversas categorías del delito, y que debe ser neutral frente al tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad, por lo cual el concepto de acción no podrá ser el concepto base del sistema.

En la moderna dogmática del Derecho Penal se señala que el concepto de acción debe cumplir las siguientes funciones: ser el “elemento básico” del derecho penal otorgando un supraconcepto para todas las formas de manifestarse la conducta punible tanto dolosas como imprudentes e incluso omisivas al cual se puedan reconducir todas las manifestaciones especiales de conducta punible. Además debe servir como elemento de “enlace o unión “entre las concretas categorías del delito a la cual se le aplicarán las valoraciones propias de cada una de esas categorías (acción “típica”, “antijurídica” y “culpable”), para lo cual debe ser neutral frente a cada una de esas categorías y debe expresar un contenido suficientemente completo como para poder soportar los predicados de los siguientes elementos valorativos. Por último, se señala que debe cumplir una función de elemento límite, excluyendo de antemano todo aquello que no se toma en cuenta para un enjuiciamiento jurídico-penal como serían los meros pensamientos, actitudes internas, sucesos causados por animales e incluso actos no sometidos al control y dirección de la psiquis como son los delirios o actos reflejos.

---

<sup>22</sup> Roxin, op. cit., pág. 234

Es claro que cuando Mezger habla de “acción esperada” debemos entender que se refiere a la acción que es exigida por el ordenamiento jurídico, por tanto, que no sea contraria a Derecho, lo que nos lleva indudablemente al plano de la antijuridicidad.

En la actualidad Baumann<sup>23</sup>, pretende dar un concepto que englobe acción y omisión. El autor parte señalando que la acción es “conducta humana voluntaria” y que ese concepto valdría tanto para la conducta activa como para la omisiva, puesto que en ambas estarían presentes los mismos elementos: la omisión sería una forma de conducta corporal y también en ella se cumple con el requisito de la “voluntariedad”, lo que demuestra señalando que en algún momento anterior a la omisión ha existido una expresión de voluntad y, así señala que en el caso de la madre que se ha dormido, por lo cual se produce la muerte del niño, la voluntad se encontraría en la omisión previa de velar por el niño. Además señala, en relación a la causalidad que “el sofisma de la no existencia de la causalidad de la conducta omisiva se funda sobre todo en la circunstancia de que a la omisión le falta evidencia, por lo que si la omisión se vuelve evidente – lo que a su juicio, es perfectamente demostrable en un buen número de casos-, no cabe duda de que existirá una causalidad.”<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Mir Puig señala “entre los Tratados alemanes actuales sólo el de Baumann sigue anclado en el clásico concepto causal de delito” en “Introducción a las bases del Derecho Penal”, pág. 280.

<sup>24</sup> Huerta Tocildo, op. cit., pág. 288.

Se critica éste planteamiento por la dificultad de considerar a la omisión como una forma de conducta corporal, además, de que en ella se de una causalidad equiparable a la característica de la conducta activa. Pero sobre todo se ha dicho que en la omisión no se puede percibir el dato de la voluntariedad (especialmente en la omisión inconsciente u olvido) y así se ha dicho que “sólo podrá hablarse de una voluntad de omitir en la medida en que exista una actividad motora nerviosa, tendiente a inhibir un impulso en el sentido de la acción que, en definitiva, se omite.”<sup>25</sup>

Para otro autor cercano al causalismo la acción es voluntad objetivada<sup>26</sup> (H. Mayer), es decir, la acción implica la orientación de un hecho o serie de hechos pertenecientes al mundo exterior a través de la incidencia de la voluntad humana que es el único factor causal importante desde la óptica jurídica. Es así que este autor señala que la voluntad humana determina el curso de la realidad por medio de conductas activas u omisivas. La omisión, por tanto, se englobaría dentro del concepto de acción que suministra, por cuanto, en ella se encontraría presente esa “voluntad objetivada” que constituye el requisito de la acción y por lo cual la omisión sería un caso especial de movimiento. Para Mayer, en conclusión, la representación de la acción que se omite es determinante para la posible afirmación de la voluntad en la omisión. Se critica a esta teoría la afirmación de cómo puede sostenerse que el descanso físico constituiría un

---

<sup>25</sup> Enrique Bacigalupo, op. cit., pág. 57.

<sup>26</sup> Citado por Susana Huerta, “Problemas fundamentales...”, pág. 289

supuesto especial del movimiento, además de que en la omisión no es necesaria una voluntad de omitir y, por tanto, la omisión no puede caracterizarse como una voluntad objetivada.

Se puede concluir que el causalismo no otorgó un elemento común a acción y omisión que permitiera su inclusión en un concepto superior, por lo cual debemos coincidir con Radbruch que en 1904 niega la posibilidad de un supraconcepto de acción.

### **1.2.2. - El concepto de acción del finalismo:**

Para Welzel (fundador del finalismo) la acción es “**el ejercicio de la actividad final.**”<sup>27</sup> Según Hartmann “la acción –conducta humana en contraste tanto al producir objetivo causal, como a la reacción instintiva del animal- esta constituida por la dirección del “suceder real” hacia lo “deseado”, hacia la meta, por interposición de propias determinantes.”<sup>28</sup> Puede apreciarse a simple vista que para el finalismo la **finalidad** es el elemento esencial de su concepto de acción y esta finalidad reside en que “el hombre sobre la base de su saber causal, puede prever, en cierta medida, los posibles efectos de su actividad, proponerse metas de diferente naturaleza, y encausar conforme a un plan su

---

<sup>27</sup> Welzel, derecho penal alemán, pág. 53.

<sup>28</sup> R. Maurach, op. cit. pág. 206.



actividad a ésta consecución de la meta.”<sup>29</sup> El acontecimiento causal externo se encuentra determinado por la finalidad y podemos afirmar que nos encontramos con una acción que el sujeto voluntariamente dirige a la obtención de una meta y, en la cual, la ausencia de este elemento final implica que la acción queda destruida en su estructura y reducida a un ciego proceso causal.

Esta dirección final de la acción se realiza en tres fases: comienza con la representación mental de la meta buscada, sigue con la elección de los medios precisos para alcanzarla y termina con la realización de la acción en el mundo del acaecer real, todo lo cual se grafica claramente en un ejemplo propuesto por Jescheck que señala que “en el supuesto de un disparo mortal, primero el autor elige su víctima, luego selecciona el arma, apunta con ella y, a continuación, apretando el gatillo, realiza su voluntad homicida.”<sup>30</sup>

Como ya se dijo, la teoría de la acción causal estima que la acción es sólo un proceso en el cual existe una simple “**voluntariedad**” del agente que actúa, es decir, existe una provocación de determinados efectos en el mundo exterior a través del querer y que significa una producción causal de esos efectos sin importar si fue o no “**querida**”. Para el causalismo, el contenido de la voluntad no pertenece a la acción, sino a la culpabilidad y ese es el motivo por el cual se

---

<sup>29</sup> Welzel, citado por R. Maurach, op. cit., pág. 206.

<sup>30</sup> Jescheck, Tratado de Derecho Penal, parte general, 4º edición, pág. 199.

habla de voluntariedad y no de voluntad. Welzel estima, por el contrario, que la acción no se agota en el solo elemento causal (que si bien reconoce como integrante de la acción) pero lo que caracteriza a la acción es que es una actividad humana, en la cual la finalidad es inherente a ésta y sin la cual no se puede comprender y diferenciar de un mero proceso físico. La acción es un suceso dirigido finalmente y no un proceso ciego en el cual prime la causalidad natural. Es cierto que Welzel reconoce que en la acción existe un proceso causal, pero a su juicio, lo que caracteriza “per se” a la acción, es que el hombre con conciencia de ese proceso causal, dirige su actividad desde el fin elegido. El penalista chileno Juan Bustos señala que el “elemento esencial de la acción es la finalidad que comprende el conocimiento causal, es decir, el conocimiento del hombre sobre las posibles consecuencias de su actividad y la voluntad de realización basada sobre este conocimiento.”<sup>31</sup> **Queda en evidencia, pues, las grandes diferencias existentes entre las doctrinas causalistas y finalistas de la acción.**

Al introducir Welzel la finalidad en el concepto de acción, **le permite incluir al dolo como elemento del tipo**, sacándolo de la culpabilidad donde era situado por los causalistas. El dolo ya no es valoración del objeto, sino que parte integrante del objeto valorado. En conclusión, el dolo pertenece al tipo por cuanto representa **el aspecto subjetivo de la acción.**

---

<sup>31</sup> Juan Bustos, Culpa y finalidad, pág. 33.

Respecto del delito imprudente Welzel considera que en éste también se encuentra presente la nota característica de su teoría, cual es la finalidad, es decir, el delito culposo se encontraría predeterminado finalmente. En este delito, la finalidad está dirigida a un resultado que se estima jurídicamente irrelevante y en el cual la acción culposa se caracteriza por “una deficiencia en la ejecución de la dirección final de la acción.”<sup>32</sup> Es decir, lo que caracteriza a la acción culposa es que la dirección final real de los medios de acción no corresponde a la dirección final requerida, que el sujeto debió aplicar en su actuar y que le es exigida en su actuar para evitar la lesión de bienes jurídicos. Lo que se reprocha al autor de un delito culposo es no haber empleado el debido cuidado y en palabras de Welzel, que “este autor habría podido y debido evitar el resultado”<sup>33</sup>, si hubiese aplicado la finalidad (potencial) en su accionar. Los finalistas han caracterizado el hecho imprudente como acción final, atendiendo no al resultado producido, sino al objetivo perseguido por el autor, como por ejemplo: si, al limpiar una escopeta, por descuido se escapa un tiro y mata a una persona, ello ciertamente no es una acción final de matar, pero si una acción final de limpiar, que cae bajo el concepto de acción.<sup>34</sup> Entonces se puede concluir, que en la culpa existe una finalidad no ejercida, es decir, potencial, lo cual sirve al finalismo para afirmar que la finalidad es el elemento común a todas las formas de aparición del delito. Podemos señalar que la finalidad de la acción se presenta claramente en el **hecho doloso**, en el cual la

---

<sup>32</sup> Welzel, citado por R. Maurach, op. cit., pág. 207.

<sup>33</sup> Welzel, citado por Bustos en Culpa y finalidad, pág. 37.

<sup>34</sup> Ejemplo propuesto por Roxin, op. cit., pág.241.

voluntad final de la acción y el dolo son conceptos idénticos, pero la concepción de Welzel ha sido criticada por cuanto en la imprudencia no existe finalidad dirigida a la producción del hecho ilícito. No obstante, todos los esfuerzos de este autor por fundamentar la culpa en una finalidad potencial que implicaría que el hecho imprudente es evitable finalmente, puede apreciarse que, en los hechos imprudentes falta la vinculación necesaria entre la voluntad dirigida a un fin y el resultado producido, y para salvar esta contradicción Welzel recurrió al concepto de “**finalidad potencial**”, el cual fue rechazado no solo por los detractores del finalismo sino por sus propios partidarios. En esa finalidad potencial solo la potencialidad es real; la finalidad es irreal. Además se aduce, por los críticos de esta finalidad potencial, que Welzel “introdujo precozmente un momento valorativo, que, en este estado de la construcción del delito, representa un inadmisibles gravamen del tipo y una anticipación antisistémica de los posteriores elementos del delito.”<sup>35</sup>

Por otra parte, el finalismo intentó otorgar un concepto unitario de acción (que abarque a la acción en sentido estricto y a la omisión) como piedra angular de la teoría jurídica del delito. Así, para Armin Kaufmann el término omisión alude a una negación que está ineludiblemente relacionada con una acción, por lo cual, concluye que omitir es “no realizar una determinada acción que ha sido

---

<sup>35</sup> R. Maurach, op. cit., pág. 208.

pensada”<sup>36</sup> y, para el citado autor, esa acción omitida es casi siempre final, además de ser posible de realizarse por el sujeto. “Con esta exigencia de que el omitente pueda llevar a cabo la acción con la que se relaciona la omisión introduce Kaufmann un nuevo elemento en su concepto de omisión: **la capacidad de acción.**”<sup>37</sup> (Con la introducción de este nuevo elemento Kaufmann evita incurrir en el error que se ha cometido desde los orígenes de la búsqueda del supraconcepto de acción, que consistía en encontrar en la omisión los elementos de la acción, el que fuera advertido correctamente por Radbruch.). Esta capacidad de acción debe ser entendida, no en el sentido de capacidad física, sino en el de la capacidad de conocer la finalidad de la acción posible, por tanto, es capacidad de acción final. Quien no sabe que cerca de su casa una persona se ha accidentado, no puede prestar ayuda y, por tanto, no omite; a esta capacidad de acción pertenecen todos aquellos requisitos de carácter intelectual que permitan planificar la realización de un acto. En la omisión esta finalidad es potencial. Así, este autor concluye que el elemento común a la acción y la omisión no puede ser otro que la capacidad de acción, por lo cual estima que se encuentra en posición de otorgar un supraconcepto de acción para lo cual recurre al termino “conducta” que define como “**actividad o pasividad corporal comprendidas en la capacidad de dirección finalista de la voluntad.**”<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Arminn Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, citado por Susana Huerta en “Problemas fundamentales...”, pág. 290.

<sup>37</sup> Susana Huerta Tocildo, op. cit., pág. 290.

<sup>38</sup> Kaufmann, citado por Susana Huerta, op. cit., pág. 292.

Por otro lado Welzel<sup>39</sup> sostiene que, tanto la acción como la omisión, son forma de aparición de una conducta humana dominable por una voluntad final y que omitir es **no realización de una acción cuya realización es posible al autor por caer bajo su poder de acción final (finalidad eso si potencial)**, por lo cual puede apreciarse que la **capacidad de acción** es para Welzel un elemento esencial de la omisión. Además para este autor la **“acción esperada”** o **“exigida”** no es un elemento del concepto de omisión, por lo cual su teoría de la acción (en sentido amplio) es de carácter ontológico, por cuanto prescinde de toda referencia a normas y solo pretende captar la estructura **lógico-objetiva** del ser y estima Welzel que el concepto de acción es de carácter **prejurídico**, que existe en la realidad con anterioridad a la valoración humana y, por tanto, precedente a la valoración jurídica. Welzel señala que acción y omisión se comportan como A y no A, como lo había señalado hace tiempo Radbruch, concluyendo que es un error incluir a la omisión dentro de un concepto de “acción”, lo que solo lleva a una falta de claridad conceptual al otorgar a la omisión características que solo corresponden a la acción en sentido restringido (cita por ejemplo el intento de aplicar a la omisión la causalidad que sería propia de la acción) concluyendo que acción y omisión son dos subclases independientes dentro de la “conducta” susceptible de ser regida por la voluntad final. La omisión es omisión de una acción posible del autor y que está

---

<sup>39</sup> Susana Huerta, “Problemas...”, pág. 292., Roxin “Derecho penal. Parte general”, pág. 239 y ss., R. Maurach, “Tratado de derecho Penal. Parte general”, pág. 206 y ss.

subordinada al poder final del hecho, por lo cual será esta **finalidad** el elemento que permite unir acción y omisión bajo el concepto de conducta.

Las críticas principales que se han formulado a la teoría finalista en relación al supraconcepto de acción se refieren a que la finalidad presente en la omisión es de carácter potencial, y así Silva Sánchez señala que “la capacidad de acción, en todo caso, es un presupuesto de la conducta humana, pero no su propia esencia, que viene constituida por “**el ejercicio de actividad final**”. Por el contrario, en la finalidad potencial solo la potencialidad es real; la finalidad es irreal. Y es la existencia real de esta última lo decisivo, según el finalismo, para la existencia de la conducta.”<sup>40</sup> Puede, por tanto, concluirse que en la omisión falta la dirección del proceso causal mediante impulsos voluntarios, elemento que como hemos visto resulta esencial para el desarrollo de la acción final y, además en la omisión es indiferente el compromiso emocional del sujeto con el proceso que se desarrolla ante él, por cuanto el hecho de que el resultado le resulte complaciente no implica que exista la finalidad exigida por el finalismo.

Otra crítica que se formula al finalismo dice relación con que el **carácter ontológico** de la conducta “resulta incompatible con la **naturaleza normativa** que posee la omisión. Naturaleza normativa que no puede negarse, a la vista de que es inviable suministrar un concepto de omisión en cuanto forma de

---

<sup>40</sup> Silva Sánchez, op. cit., pág. 53.

comportamiento que interesa al Derecho Penal sin contar con lo que las normas penales imponen hacer y a quien y cuando se lo imponen.”<sup>41</sup>

Finalmente, se critica al finalismo que la finalidad no es lo esencial en los delitos imprudentes, sino que lo que constituye su esencia es la infracción de la norma de cuidado.

### **1.2.3. - El concepto social de acción.**

Para esta escuela “**acción**” es **comportamiento socialmente relevante**, es la realización de un resultado relevante socialmente. Es el propio Eb. Schmidt el que en su reelaboración del tratado de Liszt define la acción como “conducta voluntaria hacia el mundo externo **social**.”<sup>42</sup> De modo similar, Engisch define el actuar como “la producción voluntaria de **consecuencias** calculables socialmente relevantes”. Se puede apreciar que en las diferentes plasmaciones del concepto de acción subyace un elemento base que consiste en **lo social** que permite incluir dentro de él todas las manifestaciones de la conducta delictiva, por cuanto todas ellas pueden ser caracterizadas “sin violencia alguna como fenómeno social”<sup>43</sup> y “en cuanto elemento de enlace o unión también parece

---

<sup>41</sup> Emilio Octavio de Toledo y Susana Huerta Tocildo, Derecho Penal, parte general, 2ª edición, 1986, pág. 558.

<sup>42</sup> Eb. Schmidt, citado por Klaus Roxin en Derecho Penal, parte general, pág. 244.

<sup>43</sup> Klaus Roxin, op. cit., pág. 245.



mucho más adecuado que el concepto natural y que el final de acción, ya que las valoraciones jurídicopenales se pueden conectar de modo más convincente al acontecer social existente en cada caso que a los **movimientos musculares** o a la **finalidad**, inexistente en las omisiones e irrelevante en los hechos imprudentes.”<sup>44</sup> Como antes se dijo, acción es comportamiento humano relevante socialmente, en que debemos entender por comportamiento “toda respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o, al menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de la que dispone gracias a su libertad”<sup>45</sup> y este comportamiento puede consistir en el ejercicio de actividad final como postulaban los finalistas como en la causación de determinadas consecuencias, en tanto, que ese suceso hubiera podido ser conducido de acuerdo con la finalidad del autor (imprudencia) e incluso este comportamiento puede consistir en la inactividad frente a una concreta expectativa de acción, siempre que concurra la posibilidad de dirección o finalidad (omisión por cuanto el no hacer lo esperado podía haberse evitado finalmente). Al decirse que se trata de comportamiento “humano” se excluye de reproche jurídico penal los actos, por ejemplo, de las personas colectivas pues solo se consideran las exteriorizaciones de la actividad del hombre individual. Por último, cabe referirse a que se refieren estos autores al hablar de “**socialmente relevante**”, y estos autores dirán que un comportamiento cumple ese requisito si “atañe a la relación del individuo con el mundo que le rodea y

---

<sup>44</sup> Idem, pág. 245.

<sup>45</sup> Jescheck, op. cit., pág. 201.

afecta en sus consecuencias.”<sup>46</sup> Jescheck señala que la característica fundamental del comportamiento activo es la finalidad y la del omisivo es la dirigibilidad hacia la acción esperada y no realizada. Además reconoce que omisión y acción, desde el punto de vista del ser son esencialmente opuestas, no obstante ello, estima que es posible aunar esas formas de comportamiento bajo un criterio normativo superior que consiste en la **relación del comportamiento humano con el mundo circundante**, es decir, en el concepto social de acción que nos dice: acción es comportamiento humano socialmente relevante. “El concepto social de acción abarca, así, a todas las formas de comportamiento que resultan de algún modo relevantes en orden al juicio de imputación.”<sup>47</sup>

Las críticas que se han formulado al concepto social de acción dicen relación en primer lugar a que no puede cumplir una función delimitadora, por que, no permite excluir de antemano ciertas acciones como son los actos de personas jurídicas, movimientos puramente reflejos u otros no controlables puesto que no puede negarse que son **socialmente relevantes**. Ante esto los defensores de esta teoría recurren a criterios del concepto natural de acción como la **voluntariedad, dominabilidad** u otros semejantes, lo cual los expone a las críticas formuladas contra ese concepto.

---

<sup>46</sup> Ídem, pág. 202.

<sup>47</sup> Jescheck, op. cit., pág. 295-297.

Además este concepto de acción al recurrir al criterio de la relevancia social no permite delimitar el concepto de acción del elemento valorativo del tipo ya que valoración social y jurídica están íntimamente relacionadas. Así, no puede determinarse si una acción realizada por una persona es o no relevante socialmente mientras no se recurra a la tipicidad del delito que al parecer sería lo único que fundamentaría la relevancia de una conducta y que en otros casos influiría decisivamente. Así, determinar si las conductas de una mujer que opera sobre su cuerpo son o no socialmente relevantes dependerá por ejemplo de la forma que el legislador defina el aborto, lo que determinaría que esa acción es relevante socialmente. Lo mismo se puede replicar en relación a la omisión, en que para determinar que omisiones son socialmente relevantes hay que recurrir al terreno del injusto para determinar cual era la acción esperada y por tanto relevante socialmente y que no se ha realizado por el sujeto. Ante esto Susana Huerta Tocildo concluye que “No se ve entonces la necesidad de un concepto básico y unitario de acción, pues no aporta éste nada que no pueda solventarse a través del concepto de **acción típica**.”<sup>48</sup> Sobre la base de esto, también se puede señalar que la relevancia social es una cualidad que una acción puede tener, y si falta, no desaparece la acción, sino sólo su importancia social.

La crítica formulada a la teoría social de la acción en cuanto a que su concepto de acción como “comportamiento (activo u omisivo) dotado de significación social” y su concepto de omisión como “no hacer algo determinado” dotado

---

<sup>48</sup> Susana Huerta, Problemas fund..., pág. 297.

también de significación social y desvinculado de la idea de una acción esperada, es totalmente vacío, en el sentido de que el sólo “no hacer algo determinado” carece de sentido y de significación social en tanto no se precise que es ese algo determinado que se omite hacer, es decir, debe recurrirse a un sistema normativo para precisar la acción esperada con lo cual el concepto de omisión no tiene una naturaleza prejurídica como pretende esta teoría ni una neutralidad valorativa. Lo que caracteriza a la omisión es que es un concepto esencialmente normativo (Así Gallas<sup>49</sup> entre otros). “En la omisión no existe un sustrato real prejurídico previo a las valoraciones penales”,<sup>50</sup> la omisión es una **nada** desde un punto de vista ontológico y solo en el plano normativo alcanza sentido, por lo cual el mismo autor concluye que “cualquiera teoría de la acción que se construya previamente sobre datos ontológicos, no puede adecuarse en ningún caso a la forma fenomenológica de la omisión. En el campo pretípico no existe ninguna base común para el actuar y el omitir.”<sup>51</sup>

Por último, como puede deducirse de las críticas anteriores, la teoría social de la acción incurre en un error al englobar en un concepto superior a la omisión y la acción por cuanto este último consiste en un *ser* (algo que per se tiene una existencia previa al tipo, existencia de carácter empírica y positiva) mientras

---

<sup>49</sup> Susana Huerta, Problemas fundamentales de los delitos de omisión, pág. 305 en la cual cita a Gallas de Teoría del delito, pág. 19; Mir Puig, Derecho penal, parte general, pág. 297 en la cual cita a Gallas, Teoría del delito, pág. 17 y ss.;

<sup>50</sup> Bubnoff, citado por Gimbernat Ordeig, Sobre los conceptos de omisión y comportamiento, en ADPCP, tomo XL, 1987, pág. 601.

<sup>51</sup> Ídem.

que la omisión, por otro lado, es esencialmente un concepto negativo y que adquiere relevancia o sentido positivo, según esta teoría, mediante un juicio posterior que le otorga ese sentido al vincularlo con un punto externo, real como es la relevancia social a la que acuden los autores de esta teoría. Pero unir bajo un concepto común 2 realidades diversas, 2 conceptos que se asientan en diferentes niveles de la realidad es una equivocación (el empírico para la acción y el social-valorativo para la omisión).

#### **1.2.4. - La concepción negativa de la acción.**

Desarrollada por Herzberg propone una nueva orientación del estudio de la teoría de la acción en la cual parte con el estudio de la omisión para luego intentar encontrar en la acción los elementos de la omisión: esencialmente, la no-evitación de un resultado y la existencia de una posición de garante.

El punto decisivo de las llamadas teorías negativas de la acción lo constituye el “**principio de evitabilidad**” que permite imputar un resultado a una persona si no lo ha evitado pudiendo hacerlo y siéndole exigida esa evitación por el Derecho. Herzberg utilizará este principio como base del concepto de acción

(que abarca tanto la comisión como la omisión) y dirá que “la acción del Derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante.”<sup>52</sup>

En este sentido, Herzberg señala que “el hombre se encuentra en el centro de un círculo de dominio, que, al mismo tiempo, es una esfera de responsabilidad. Cuanto más se extiende al exterior, menor es la intensidad de dominio y más dudosa es la responsabilidad del garante... Por el contrario, cuanto más se acerca al centro, más obvia resulta la posición de garante. Y cuanto más interior lo constituye sin duda la persona misma, en su unidad de cuerpo y alma.”<sup>53</sup>

Partiendo de la estructura de la omisión, este autor intentará descubrir en la actividad la presencia de un sujeto especialmente responsable que no evita un resultado delictivo que podría evitar y, es así que, partiendo de un elemento propio de la omisión como es la posición de garante que surge del deber de control de una fuente de peligro (criterio material de las posiciones de garante) concluye que tal posición será más clara cuanto más cerca esté el sujeto de la fuente de peligro y en este sentido parece innegable que el centro de peligro más próximo al individuo es su propio cuerpo y así lo decisivo en la acción no consistiría en el momento en el que un sujeto dispara a otro causándole la muerte, sino en no haberlo omitido en el momento decisivo. Por tanto, el autor de una omisión como el de una comisión no evitan algo, el primero de ellos por no haber interferido un curso causal en desarrollo impidiendo que se produjera

---

<sup>52</sup> Roxin, op. cit., pág. 247. Para profundizar la posición de Herzberg consultar Susana Huerta, Problemas fundamentales..., pág. 300 a 304.

<sup>53</sup> Herzberg, citado por Enrique Bacigalupo en Principios de Derecho Penal, 1998, pág. 167.

el resultado lesivo y el segundo de ellos por no haber retraído su accionar o, como con posterioridad señala Behrendt, por no bloquear las formas más graves de destructividad (manifestación instintiva del hombre) por medio de lo que él llama **“contraconducción”** de esos instintos. “Se puede hablar de un impulso destructivo cuando el sujeto no evita un peligro, aunque podría haberlo hecho.”<sup>54</sup> Por tanto, a ambos sujetos se les achaca un **“no evitar evitable”** y en el caso específico del que, según la doctrina tradicional “actúa”, el no contener su actividad o destructividad, por cuanto al ser la más cercana fuente de peligro para los bienes jurídicos (su propio cuerpo) es a la vez un garante de que con su actuar no generará resultados lesivos para terceros. Con esta referencia a una “posición de garantía” del sujeto, Herzberg logra delimitar su concepto de acción (o como señala la doctrina de no-acción o de omisión) a un grupo determinado de personas (se asemeja mucho a un hacer precedente como fuente de posición de garantía) y así soslaya la crítica de que su concepto de acción no tendría límites pues, en teoría, se puede evitar ininterrumpidamente todo lo posible interfiriendo en cualquier curso causal. Así, el autor citado partiendo de la base indiscutida de que en los delitos de omisión se requiere como presupuesto una posición de garante la extiende a los delitos comisivos, en cuanto que “en el movimiento corporal delictivo la persona se actualiza como

---

<sup>54</sup> Behrendt, Die Unterlassung... citado por Silva Sánchez, op. cit., pág. 62. Para un mayor estudio consultése a Roxin, Derechopena, parte general, tomo 1, pág. 248 y ss.

foco potencial de peligro”<sup>55</sup> y de esta forma se hace responsable de la evitación del resultado.

Actualmente Jakobs y Behrendt sostienen un concepto negativo de acción aunque con algunas diferencias con el planteamiento de Herzberg. El primero de los autores citados define acción como “realización evitable del resultado”<sup>56</sup> constituyendo resultado ya la ejecución de un movimiento corporal (delitos de mera actividad), o bien una consecuencia situada más allá de este movimiento corporal (delitos de resultado). Para éste autor la “**evitabilidad**” (el dolo o la imprudencia según este autor) vincula el resultado con la motivación: solo importan los resultados que son conocidos (dolo) o al menos cognoscibles (imprudencia) como consecuencia de un proceso motivacional, el cual consiste en “las direcciones de impulsos voluntariamente conformadas o (en los automatismos) voluntarias y conformables sin ulterior actividad corporal.”<sup>57</sup> Con posterioridad señala que toda acción puede reformularse como una omisión (no a la inversa) en la cual no debe atenderse al movimiento corporal motivado, sino en que se omite el “**refrenar el motivo**”. Jakobs formulará una teoría unitaria de la posición de garante, tanto para los delitos de comisión como para los omisivos, “no sólo el autor de la omisión, sino también el de la comisión

---

<sup>55</sup> Herzberg, Die unterlassung..., citado por Roxin, op. cit., pág. 247.

<sup>56</sup> Günther Jakobs, Derecho Penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, 1995, pág.940. Además, ver Gimbernat en Sobre los conceptos de omisión y comportamiento, pág. 602.

<sup>57</sup> Ídem a la nota anterior.



debe ser garante si es que ha de responder de un delito de resultado mediante comisión.”<sup>58</sup>

Jakobs, por último, entiende que omisión y acción son iguales “normativamente”, no obstante ser diferentes en el plano ontológico. Por su parte Behrendt, adhiere al concepto negativo de acción recurriendo a un criterio, que podemos llamar, psicoanalítico según el cual en el hombre residen “manifestaciones instintivas destructivas” (por tanto, no se refiere al actuar humano en general, sino solo a esas manifestaciones de destructividad que al ser acciones no permitidas le dan un contenido material a la teoría negativa de la acción) además de una capacitación psicogenética del hombre para bloquear las formas más graves de destructividad por medio de la “contraconducción”, por lo cual dirá que acción es “**contraconducción omitida**” y omisión será “no- evitación evitable de la situación típica”, en la cual se presentan como presupuestos la existencia de una situación de peligro de la cual se deriva una expectativa de acción y la ya señalada capacidad de contraconducción. Este concepto de omisión así esbozado según Behrendt, permite otorgar un supraconcepto que abarca los casos de comisión activa y de omisión, por cuanto lo esencial en la actividad no reside en la causación del resultado sino que “el núcleo del injusto... se halla en la no- evitación de consecuencias dañosas”<sup>59</sup> y así en el actuar positivo, advierte este autor, se presenta una situación de

---

<sup>58</sup> Jakobs, Derecho penal, parte general, 2 edición 1991.

<sup>59</sup> Behrendt, Die unterlassung... citado por Silva Sánchez, op. cit., pPág. 63.

peligro, una capacidad de contraconducción (evitabilidad) y una ausencia de ejercicio de aquella (no-realización de la actividad de evitación) en que se diferencia de la omisión en que la situación de peligro nace del propio sujeto por ser la fuente de peligro mas próxima al sujeto, la cual debe evitar por ser garante de la integridad de bienes jurídicos ajenos.

Las críticas que se han formulado al concepto negativo de acción pueden resumirse de la siguiente manera:

El propio Herzberg reconoce que su concepto de omisión, desde el que inicia su estudio del tema que nos ocupa, no tiene la aptitud de abarcar a todas las formas omisivas, por cuanto en no todos los casos de omisión propia se presenta el elemento de la posición de garantía por cuanto perdería su valor limitativo, lo que lo lleva a concluir que los casos de omisión de socorro y omisión de denuncia quedan excluidos del concepto de acción (aquí el omitente no es garante). Ante esta disyuntiva Herzberg debe decidir si renuncia al elemento de la garantía como integrante del concepto de acción o entender que el legislador ha creado estos tipos excepcionales, no en base al concepto negativo de acción (evitable no evitación de un resultado por un garante) sino en base a un concepto general de evitación, optando finalmente por esta última. Pero con esta decisión, es claro que este autor propone la existencia de un concepto de acción válido para los delitos comisivos y omisivos impropios y otro válido exclusivamente para los propios con lo cual reconoce la imposibilidad de

suministrar un supraconcepto de acción que abarque las diferentes manifestaciones del fenómeno delictivo. No obstante ello, Herzberg piensa que no es adecuado renunciar a su concepto de acción que considera de alto valor cognoscitivo y poseedor de un gran efecto limitador, por la razón de existir algunas raras excepciones, ante lo cual se señala que éste es el fundamental error de planteamiento en que incurre Herzberg al ignorar, o pretender ignorar, que estos supuestos que él presenta como raras excepciones son mucho menos escasos de lo que piensa y que, por ello, demuestran la invalidez del concepto de acción de que este autor parte para servir de concepto base del sistema.”<sup>60</sup>

La segunda crítica que se formula a la teoría negativa de la acción es, a mi juicio de mayor peso que la anterior, y consiste en que el autor de un delito comisivo se encuentra obligado a evitar el resultado cuyo peligro de advenimiento ha desencadenado por ser garante de ello, por encontrarse en una posición de garantía que tendría su origen en la obligación de velar por las fuentes de peligro que el sujeto puede crear, por tanto la punibilidad del delito comisivo se fundamentaría en la no-realización de la acción salvadora que del autor de dichos actos se esperaba (recuérdese que acción para el autor es no-avoidance evitable del resultado en posición de garantía) y, ya no en la ejecución de los actos realizados para producir un determinado resultado. En un ejemplo sencillo puede señalarse que la persona que dispara en contra de otra

---

<sup>60</sup> Susana Huerta, op. cit., pág. 301; roxin, Derecho penal, parte general, pág. 247.

produciéndole la muerte, no responde por la realización de la acción encaminada a causar la muerte (disparo) sino que por no haber realizado las acciones de salvamento que evitasen la muerte después de verificarse el disparo. Por lo cual la doctrina concluye, que la conducta activa no tendría otra virtualidad, jurídicamente hablando, que la de originar un deber de garantía en relación con su autor, lo cual lleva a la conclusión lógica de que el delito comisivo debe ser sometido a las reglas de los omisivos, bastante menos estudiados por la doctrina y en los cuales se presentan mayores inseguridades. Además se señala que el estudio del delito omisivo se ha realizado a la sombra del delito de acción y en base a las estructuras del último de éstos, por lo cual proceder a la inversa sólo complica el estudio y sistematización de la teoría del delito.

Por último, se ha señalado que de adoptarse la tesis propuesta por Herzberg no se comprende por que el autor de un delito comisivo será siempre garante de la no producción del resultado mientras que el autor de un delito de omisión impropio solo será garante en determinados casos (deber de garantía individualmente limitado y específico).

### 1.2.5.- El concepto personal de acción de Roxin:

Para éste autor “acción” es ante todo una “manifestación de la personalidad”<sup>61</sup> con lo cual quiere señalar que toda actuación del sujeto para que pueda ser considerada acción para efectos penales debe ser gobernada por la voluntad y la conciencia y debe poder atribuirse al sujeto como centro anímico-espiritual. En el actuar humano, el sujeto no hace otra cosa que demostrar su “**posición**” ante el mundo como expresión de su personalidad sometido al control del “yo”.

Esta concepción le permite a Roxin excluir del concepto de acción los casos de actos reflejos, los actos ejecutados durante el sueño o durante un ataque convulsivo, por cuanto todas ellas son manifestaciones en las cuales la voluntad del sujeto no ha dominado el actuar, es decir, el acto es una consecuencia de factores causales, biológicos que han operado sobre el sujeto pero éste no ha “expresado” su personalidad en ellos, por cuanto se encuentran privados del elemento esencial que debe presidir una acción en sentido penal, cual es que ella esté dominada por la conciencia y la voluntad.

Por otro lado, puede descartarse a los meros pensamientos y los deseos como una “acción” por cuanto ellos permanecen en la esfera interna del sujeto, en su esfera espiritual-anímica y mientras no se pongan en relación con el mundo exterior no puede decirse que sean una “manifestación” de la personalidad del

---

<sup>61</sup> Roxin, op. cit., pág. 252.

sujeto. Según Roxin, su posición sobre el concepto de acción le permite incluir dentro de ésta al olvido como una manifestación de personalidad.

El autor en estudio considera que el concepto antes reseñado sobre la acción le permite servir de elemento básico en el estudio de la teoría del delito por cuanto puede abarcar “todas las formas de manifestación de la conducta delictiva”<sup>62</sup> ya sean las acciones dolosas como imprudentes y también la omisión, con lo cual nos encontramos nuevamente con un intento de establecer un supraconcepto de acción que englobe tanto a la acción en sentido estricto como a la omisión. “Las formas de aparición de la manifestación de la personalidad son muy diversas y sólo encuentran su elemento común en que se pueden imputar a la esfera anímico-espiritual del ser humano, a su personalidad.”<sup>63</sup>

A juicio de Roxin, su concepto de acción es idóneo como elemento sistemático de enlace o unión entre las diversas categorías del delito que valoran un fragmento de la realidad y así la acción como concepto “designa el **sustantivo** al que se pueden vincular sin fuerza, y sin que fueran prejuzgadas por ello, todas las demás valoraciones jurídico-penales.”<sup>64</sup>

Por último, el autor en estudio considera que su concepto de acción sirve para los fines de delimitación entre acción y falta de acción descartando, en primer

---

<sup>62</sup> Ídem, pág. 255.

<sup>63</sup> Ídem, pág. 265.

<sup>64</sup> Ídem, pág. 256.

lugar, los hechos de los animales en que no existe nunca una **manifestación de personalidad**. Luego descarta los actos de personas jurídicas basándose en el hecho de que a éstas les falta “una sustancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas.”<sup>65</sup>

Respecto de la omisión, Roxin estima que su concepto de la manifestación de personalidad, no es completamente neutral frente al tipo, por cuanto en ella se requiere acudir a una valoración jurídica para determinar cuando nos encontramos frente a una omisión y, por tanto, “una omisión sólo llega a ser una manifestación de personalidad a través de una expectativa de acción”<sup>66</sup>, es decir, son éstas expectativas las que hacen que una “**nada**” (que solo existe como una posibilidad conceptual) pueda ser considerada como una manifestación de personalidad, ya sea que esa expectativa tenga un fundamento social o uno jurídico (en este último caso la comprobación de la acción debe adentrarse en el tipo).

### **1.3.- EL CONCEPTO DE OMISIÓN:**

En la evolución del concepto de omisión es posible distinguir diversas concepciones empezando por aquellas que definen la omisión atendiendo

---

<sup>65</sup> Ídem, pág. 258.

<sup>66</sup> Ídem, pág. 256.

solamente a su carácter negativo como un mero no hacer hasta aquellas que estiman que omitir no solo consiste en un no hacer una acción indeterminada y concluyen que la omisión se caracteriza por un no hacer una acción exigida o esperada. Esta evolución ha sido larga y compleja y corresponderá estudiarla a continuación:

### **1.3.1.- Concepciones negativas.**

Para estas concepciones, la “omisión” consiste en un **“no-hacer”**, como único elemento de la definición de omisión (Beling)<sup>67</sup> y para otros autores es el primer elemento de la definición al cual agregarán la idea de **“posibilidad”**, lo cual será analizado con mayor profundidad a continuación.

Para Beling, la **“omisión en sí”** (reine Unterlassung) es **inactividad corporal voluntaria, contención de los nervios motores** que es dominada por la voluntad. Este es un concepto negativo-intransitivo, como lo señala Silva Sánchez en su obra “El delito de omisión. Concepto y sistema”, en el cual el rasgo característico de la omisión es el **no hacer nada**, motivado por la voluntad de omitir. Es así que para Beling, su concepto de acción definido como “comportamiento humano voluntario”<sup>68</sup> le permite agrupar acción y

---

<sup>67</sup> Beling, Lehre vom Verbrechen, pág. 9 citado por Silva, op. cit., pág. 21.

<sup>68</sup> Ídem.



omisión en ese supraconcepto. En la omisión “la voluntad domina tanto los nervios aquí como en un movimiento corporal.”<sup>69</sup> Resulta bastante claro que un concepto así de omisión no brinda ninguna utilidad para los efectos penales, por cuanto no precisa en que consiste la omisión para un caso particular, además de que resulta del todo incorrecto exigir, para encontrarnos ante una omisión, una inactividad corporal del sujeto (contención de los nervios motores), por cuanto, al momento de omitirse una acción el sujeto normalmente realizará otra acción en su lugar y así por ejemplo, a la persona que incurre en una omisión de socorro (no prestar ayuda a una persona que se encuentra en des poblado en peligro de muerte) no se le exige que se abstenga de todo movimiento corporal sino que se le sanciona por no llevar a cabo la acción exigida, pero es totalmente posible que al momento de omitir, realice otra acción diversa como puede ser el simple marcharse del lugar.

Posteriormente, la doctrina complementa este concepto de omisión agregando el requisito de la “**posibilidad**” y es así que se dice que la omisión es “**no hacer algo (posible)**”. La omisión tendría los caracteres de negatividad y transitividad, con el primero se quiere decir que la omisión se agota en la negación, en la no realización de una acción, mientras que con el segundo se quiere significar que la omisión no consiste en no hacer en absoluto, ni en un hacer indefinido sino en **no hacer algo**, no hacer una acción determinada, la

---

<sup>69</sup> Ídem, pág. 15.

cual debe haber sido **posible**. Se ha señalado que el primer autor que define la omisión como no hacer algo determinado fue V. Liszt, en la primera edición de su Tratado de Derecho Penal y es así que en su obra señala “...solamente hablamos de una omisión en la vida ordinaria, cuando teníamos fundamento para esperar un acto **posible** de parte de una persona.”<sup>70</sup> ¿Pero que debe entenderse por “**posibilidad**”? Es preciso señalar primeramente que existe consenso en la doctrina de que la posibilidad es un requisito necesario para que nos encontremos ante una omisión (si bien para algunos autores es condición necesaria pero no suficiente), es decir, es un elemento del concepto de omisión y, por tanto, no debe ser remitida al plano de la justificación como en la actualidad lo hace Baumann, para el cual “la imposibilidad es una causa de justificación.”<sup>71</sup> Preciado este punto, es necesario analizar los diferentes requisitos que se exigen a esta “**posibilidad**” de la acción. El exigir para la omisión que la acción no realizada hubiere sido posible “no implica, de por sí, decisión alguna acerca de *para quién* debe haberlo sido y en que circunstancias. Así, cabe imaginar acciones “humanamente posibles”, sin más precisiones; o posibles para el hombre medio en la situación del sujeto; o, en fin, posibles para éste en su concreta individualidad.”<sup>72</sup> Se puede apreciar que los autores se dividen entre los que adhieren a un **criterio general** y un **criterio individual** de posibilidad. Los primeros entienden “que si el hombre medio en la situación del autor habría podido realizar la acción, el sujeto que no la realiza *omite*, aunque

---

<sup>70</sup> V. Liszt, Tratado de Derecho Penal, 2ª edición en español 1927, pág. 304.

<sup>71</sup> Baumann, citado por Silva Sánchez, op. cit., pág. 26.

<sup>72</sup> Silva Sánchez, op. cit. pág. 27.

personalmente no pudiera llevarla a término.”<sup>73</sup> Incluso algunos autores dejan de lado el criterio del hombre medio y se refieren a lo “humanamente posible” como criterio de determinación de la posibilidad de la acción en la omisión. Por el contrario, el criterio individual toma en consideración los conocimientos y capacidades personales del sujeto en cuestión y de si éste en la situación puntual de que se trate habría podido cumplir con la acción exigida.

Para Welzel, y en general para los finalistas, la omisión consiste en un no hacer referido necesariamente a una acción y así este autor señala que “no existe una omisión *en sí*, sino sólo la omisión de una acción determinada”<sup>74</sup> y mas adelante señala que “**Omisión** no significa un mero no hacer nada, sino un no hacer una **acción posible** subordinada al poder final del hecho de una persona concreta.”<sup>75</sup> A esta definición así formulada es preciso dedicarle algunas líneas. En primer lugar, se enmarca dentro de las concepciones negativas de omisión que concluyen que omitir es un no hacer y en segundo lugar, precisando aun mas la posición de Welzel, debemos concluir que la transitividad es una nota característica de su definición, por cuanto omitir es no hacer una **acción final** teniendo capacidad de acción y no solo un no hacer nada. Por tanto, para este autor “omitir” consiste en la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción, pese a tener capacidad de acción. Esta capacidad de acción (poder final del hecho) requiere en concepto

---

<sup>73</sup> Ídem, pág. 27.

<sup>74</sup> Welzel, op. cit., pág. 277.

<sup>75</sup> Ídem, pág. 277.

del autor en estudio de: 1.- una posibilidad física de actuar que debe ser real, externa y objetiva; 2.- el sujeto debe conocer la situación en la cual la acción debe producir sus efectos; 3.- debe tener capacidad de planeamiento, es decir, debe estar en condición de reconocer y de poder seleccionar los medios aptos para llevar a efecto el objetivo. Otro autor finalista como Armin Kaufmann sostiene que “La omisión ni es realización de voluntad, ni puede ella soportar una voluntad de realización, cosa esencial para la omisión no es el gobierno final del omitir, sino la finalidad potencial en relación con la acción ausente.”<sup>76</sup> Podemos advertir que en la sistemática de Kaufmann desaparecen todas las características que la corriente finalista intentó otorgar a la acción (en sentido amplio), es decir como una conducta final, formulada desde un punto de vista ontológico, ya que en la omisión no existiría ni voluntad ni finalidad e incluso, según estos autores, la omisión carecería de dolo (Kaufmann habla de un cuasi dolo en la omisión). Lo único existente, por tanto, sería una finalidad **potencial** de la acción que se pudo realizar, lo cual centra el asunto en la finalidad de la acción no realizada y no en la finalidad del propio omitir, que a mi juicio debe ser el elemento preponderante al estudiarse la omisión. Esta definición de omisión adolece a mi parecer del mismo error del concepto de Beling por cuanto no sirve para precisar en que consiste un omitir, que a mi juicio siempre debe estar referido a una acción que debe realizarse y que además es exigida su realización. Debe reconocerse que la introducción del elemento de la

---

<sup>76</sup> Kaufmann, citado por Luis Cousiño, Derecho penal chileno, pág.494 y 495 que se remite a la obra de Armin Kaufman, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, pág. 80 y ss. y 314.

**posibilidad** significa un gran aporte a la dogmática de los delitos de omisión y que será adoptado, con posterioridad, por la mayor parte de la doctrina como integrante del concepto de omisión, con lo cual a mi juicio, no existirá omisión cuando el sujeto que debía actuar no ha podido ejecutar la acción que de él se espera y que se le exige por encontrarse impedido físicamente para actuar como puede ser el caso del salvavidas que no puede salvar al menor que se ahoga en la piscina debido a que ha sido aturdido por un tercero Además, la mayor falla del sistema finalista es que al decir que la omisión se caracteriza por la finalidad potencial personal solo resalta que la omisión es una forma de conducta carente de toda finalidad, lo cual la priva del soporte ontológico que Welzel cree encontrar para esta forma de conducta (recuérdese que para Welzel la finalidad es un concepto ontológico, una ley objetiva de la estructura del ser). Por tanto, la única conducta finalística sería la que se ha omitido. A mi juicio, en la omisión si existe finalidad, el sujeto actúa o, mas bien dicho, deja de actuar con miras a un resultado que orienta su decisión y desde el cual ese sujeto ordena voluntariamente la realidad y en el caso de una omisión consiste en dejar que un proceso del mundo se desarrolle libremente sin la intervención que se le exige y que habría evitado que ese proceso desembocara en una lesión de bienes jurídicos.

### 1.3.2.- Concepciones positivas:

Puede señalarse que para estas posiciones la omisión no consiste en un mero no hacer algo, sino que lo esencial en ésta es que se le atribuye a la omisión un “contenido de sentido trascendente al mero no hacer algo.”<sup>77</sup> Pero esta positividad de la omisión ha sido concebida de diferente forma por la doctrina y esto permite distinguir 2 grandes grupos de autores: aquellos para los cuales la “positividad” de la omisión radicaría en un “**ser de otro modo**”, es decir, “por una forma diferente del ser, por una forma distinta de objetivación de la voluntad, con independencia de expectativa y de juicios de terceros.”<sup>78</sup> Por tanto, esta positividad de la omisión sería ontológica y no normativa. El segundo grupo lo conforman aquellos autores que sostienen que la positividad de la omisión radica en un plano normativo, es decir, en el marco de un sistema de normas para los cuales la omisión no consiste solamente en no hacer una acción posible sino que además esa acción debe haber sido esperada o exigida de alguna forma. Así por ejemplo Liszt que señala que “solamente hablamos de una omisión en la vida ordinaria, cuando teníamos fundamento para **esperar** un acto posible de parte de una persona”,<sup>79</sup> con lo cual para este autor la existencia de ese deber de actuar es el requisito indispensable para que podamos hablar de la verificación de una omisión, por tanto las abstenciones en que incurre un

---

<sup>77</sup> Silva Sánchez, op. cit., pág. 81.

<sup>78</sup> Ídem, pág. 82 y de la misma opinión son Rodríguez Mourullo, Androulakis según Silva Sánchez en La omisión..., pág. 81 y 82.

<sup>79</sup> Franz von Liszt, Tratado de derecho penal, 2 tomo, 2ª edición, 1927, pág. 304. Lo destacado es mío.

sujeto (por ejemplo no tomar desayuno) y que no se encuentran exigidas o esperadas no constituyen omisión para efectos penales. Así también, Jescheck que señala que “Omisión no significa **no hacer nada**; sino **no hacer algo determinado y esperado.**”<sup>80</sup> De esta forma esos autores creen poder otorgar al concepto de omisión un **contenido de sentido** al recurrir a la idea de una expectativa, en base a la cual, al no realizarse la acción esperada u ordenada se configuraría la omisión. El problema que deberán analizar estos autores es ¿quien espera esa conducta? y también ¿por que ha de esperarse esa conducta?, lo que ha dado origen a diversas corrientes desde aquellas que brindan un concepto de omisión prejurídico hasta aquellas que exigen la defraudación de una expectativa jurídico penal e incluso las que identifican omisión con omisión típica (defraudación de la expectativa contenida en el tipo legal). A estas diversas concepciones dedicaré las líneas siguientes, tratando de brindar al lector una sistematización lo mas clara posible en consideración a la complejidad del tema y a su excesivo tratamiento dogmático por muchos autores.

Respecto de aquellos autores que consideran que la positividad de la omisión estaría constituida por un “Anderssein”<sup>81</sup> o “ser de otro modo” podemos señalar que para ellos la omisión no consiste en el solo no hacer, es decir, no se agota

---

<sup>80</sup> Jescheck, op. cit., pág. 559.

<sup>81</sup> Androulakis y Rodríguez Mourullo citados por Silva Sánchez, “El delito de omisión”, pág. 86.

en lo negativo y es necesario otorgar un **sentido** a la omisión para lo cual es necesario “contemplarla no aisladamente, sino en el marco de toda la situación que le transmite su propia significación.”<sup>82</sup> Para esto se adoptará un punto de vista no valorativo por estos autores, para intentar otorgar un contenido de sentido a la omisión que serán determinados por la relevancia social del comportamiento. Estas posturas parten de la base de que la omisión constituye una realidad prejurídica y así Rodríguez Mourullo sostiene que en base al artículo primero del Código penal español se puede concluir que la omisión posee una realidad prejurídica, es decir, anterior a la norma y, por lo cual, señala que se deben rechazar las teorías que pretenden reducir la omisión a una pura creación normativa como un no hacer lo que se debe o “non facere quod debetur.”<sup>83</sup> ¿Pero en que consiste la positividad de la omisión entonces? Este autor señalará que la “corporeidad” no puede ser considerada un elemento inherente a la omisión y concluye que lo que verdaderamente caracteriza a la omisión es ser una manifestación exteriorizada de voluntad: “A pesar de carecer de un propio aspecto físico, la omisión es capaz de irrumpir en el mundo social externo y presentarse en él como la realización objetivada de una voluntad humana dirigida a un fin”<sup>84</sup> o como señala Córdoba Roda “La realidad de la omisión no estriba en ningún aspecto físico o naturalista, del que carece, sino en representar, al igual que la acción, la objetivación en la vida social de una

---

<sup>82</sup> Bloy citado por Silva Sánchez, op. cit., pág. 81.

<sup>83</sup> Rodríguez Mourullo, Derecho penal, parte general, 1978, pág. 225.

<sup>84</sup> Rodríguez Mourullo, La omisión de socorro en el Código penal, Pág. 36-37., citado por Susana Huerta, op. cit., pág. 298.



voluntad humana dirigida a un fin”<sup>85</sup> y reconociendo que las omisiones se presentan como una realidad previa a toda valoración jurídico-penal por cuanto el Código Penal español señala que son delito las acciones y omisiones penadas por la ley, por lo cual concluye que existen omisiones no penadas por la ley y, como consecuencia lógica, las omisiones presentan una realidad previa a la ley penal (lo mismo concluye para las acciones). De esta forma, éste no hacer algo en que consiste la omisión puede ser captado por los sentidos por cuanto tiene un “**significado**” en el mundo social antes de cualquier consideración sobre el “deber” o la acción debida y, es mas, señala que esa valoración sobre lo **exigido** corresponde al ámbito de la antijuridicidad de la omisión. Critica este autor las posiciones normativas de la omisión en el sentido de que “el deber jurídico de hacer algo condiciona la **relevancia jurídica** de la omisión, pero no su propia **existencia**, pues es obvio que aunque no exista una norma que imponga el deber de hacer algo determinado, el hombre puede dejar de hacer ese algo, es decir, puede omitir esa acción determinada”,<sup>86</sup> reafirmando así su postura sobre la existencia real y prejurídica de la omisión. Este comportamiento humano (omisión) consistente en no hacer algo determinado puede ser captado sensorialmente al margen de todo criterio valorativo según este autor y que se presenta en el mundo dotado de una significación social lo cual permite situar la positividad de la omisión “en el hecho de ser una respuesta al entorno”<sup>87</sup> una

---

<sup>85</sup> Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código Penal, tomo I, 1976, Edit. Ariel, pág. 6 y ss.

<sup>86</sup> Ídem, Derecho penal, pág. 225. Destacado en el original.

<sup>87</sup> Silva Sánchez, op. cit., pág. 89.

determinada toma de posición del hombre frente a la sociedad que le rodea. Novoa Monreal en su obra “Fundamentos de los delitos de omisión” señala que la omisión no es una pura y simple ausencia de movimiento, sino que posee un elemento positivo y dirá que “omisión es ausencia de un movimiento determinado **de parte de quien puede realizarlo**”<sup>88</sup> y luego señala que “en esta explicación no introducimos valores ni elementos normativos, sino que hasta ahora aludimos exclusivamente a realidades del mundo físico.”<sup>89</sup> Por tanto, la positividad de la omisión radica para este autor en esa potencialidad de realizar ese movimiento, potencialidad que implica la aptitud y el poder real y actual de producirlo. Estas capacidades del hombre le permitirían modificar el mundo circundante con su omisión y, por tanto, si falta la acción que era posible al hombre se puede decir que su abstención de movimiento permitió que el mundo circundante no fuera modificado lo que implica una relación del hombre con su medio y así la omisión “adquiere el alcance de una especial proyección del sujeto en ese mundo que lo circunda.”<sup>90</sup> Es, en resumen, la exteriorización de la personalidad de un sujeto que con su omisión deja inmodificadas realidades que pudo alterar.

Se critica esta teoría en el sentido de que al señalar que la omisión es una objetivación de voluntad, que se caracteriza por ser diferente a la “acción”, nada

---

<sup>88</sup> Novoa, op. cit., pág. 70.

<sup>89</sup> Ídem.

<sup>90</sup> Ídem, pág. 74.

se señala sobre la forma de exteriorización específicamente omisiva y solo se recurre a la formula del **no-hacer-algo** con lo cual lo único positivo en la omisión sería el ejercicio de voluntad, es decir, un fenómeno interno y en lo externo la omisión constituiría algo meramente negativo. Además se señala por Rodríguez como ejemplo de su concepto de omisión el caso de que si veo a un estudiante en el cine puedo concluir que omite estudiar lo cual reafirma el hecho de que este concepto de omisión se verifica por una **realidad negativa externa** pero, y esto es lo mas importante, se ha señalado como una crítica a esta postura, que al encontrarme a ese estudiante en el cine puedo verificar que no estudia pero, además, tampoco está golpeando a un compañero ni fumando un cigarro y así **omite** una serie de acciones posibles e infinitas (golpear, fumar, etc.). Luego por que ése “**estar**” en el cine deberá tener como respuesta al entorno social el sentido de **no-estudiar** y no otro de los señalados como no fumar o no golpear a un compañero. Pero en el caso propuesto el estudiante puede haber salido de vacaciones y con lo cual la sola constatación de que no está estudiando no tiene mayor trascendencia y para que la tenga será necesario relacionar el ámbito de situación determinado con un deber de actuar, con lo cual se debe reconocer que el no hacer algo cobra realidad en la medida que se lo contrasta con un sistema de normas (no necesariamente jurídicas) y en el caso propuesto será preciso tener a la vista el reglamento de la institución académica del estudiante con lo cual podremos saber si está en vacaciones y si no lo está podremos concluir que el estudiante omitió ir a clases solo si se encontraba en el horario para ello. Para concluir quiero citar a Susana Huerta

que señala “no se puede hablar de omisiones socialmente relevantes si no se tiene claro qué es lo que se está omitiendo, y...este dato solo lo puede aportar la remisión a la **acción esperada.**”<sup>91</sup>

Respecto del segundo grupo, que entiende que la positividad de la omisión radica en un plano normativo (sistema de normas no necesariamente jurídico) al estimar que la acción omitida era esperada de alguna manera, podemos señalar que estos autores entienden por omisión **la no realización de un hacer esperado.** Pero esta definición tan breve y precisa a primera vista nos presenta una serie de interrogantes que ya se esbozaron; en primer lugar ¿quien espera la realización de esa acción? y en segundo lugar ¿cual es el fundamento para esperar esa acción? Pero tal vez el problema que suscita mayor controversia en la doctrina es el relativo a cual ha de ser la naturaleza de la expectativa de manera que su frustración se considere omisión a los efectos del Derecho Penal o expresado de otro modo ¿la defraudación de cualquier expectativa da lugar a una omisión en sentido jurídico penal? En concepto de Silva Sánchez, en su obra ya citada, esta discusión se reduce al análisis de unas posturas claramente delimitadas y que son: 1.- **aquellos que entienden el concepto de omisión sobre la base de la defraudación de una expectativa social ya sea prejurídica o extrajurídica;** 2.- **aquellos que configuran el concepto de omisión sobre la base de una expectativa jurídico-penal y;** 3.- **los que**

---

<sup>91</sup> Susana Huerta, op. cit., pág. 299.

**sostienen que es necesario la defraudación de la expectativa contenida en el tipo penal** (identifican, por tanto, omisión con omisión típica o, dicho de otra forma, conciben la omisión como una forma de realización típica). Este asunto será analizado a continuación:

**1.- Aquellos que entienden el concepto de omisión sobre la base de la defraudación de una expectativa social ya sea prejurídica o extrajurídica:**

Para esta corriente el concepto de omisión aparece ya configurado como **“realidad con sentido, de modo previo al enjuiciamiento jurídico-penal.”**<sup>92</sup>

Lo primero que puede señalarse es que para los autores que adhieren a esta posición es **necesario** que la expectativa, cuya defraudación da lugar al concepto penal de omisión, no sea una de carácter jurídico-penal o, mas bien dicho, que no es necesario un reconocimiento jurídico previo para dar contenido al concepto de omisión y, por tanto, señalan que esa expectativa debe tener un carácter social. Esta expectativa social puede surgir de las normas de la ética social, religiosas o incluso fácticas, como expresión del consenso social. La defraudación de esta expectativa social, en cuanto a su origen, ha llevado a la doctrina a distinguir 2 corrientes: una que señala que esta expectativa tiene un carácter **prejurídico** y otra que entiende que tiene un carácter **extrajurídico**.

Si estimamos que esa expectativa social y su defraudación otorgan al concepto de omisión un carácter extrajurídico, es lógico concluir que esa defraudación da

---

<sup>92</sup> Silva Sánchez, op. cit., pág. 94.

origen a una omisión que “no condiciona el marco del que después deben entresacarse las omisiones punibles.”<sup>93</sup> Por el contrario, si se le asigna el carácter de prejurídica se debe concluir que tales omisiones (de expectativas sociales no jurídicas) constituyen el **“sustrato”** del que con posterioridad se determinarán las omisiones típicas (penalmente relevantes) por medio del enjuiciamiento penal, es decir, el legislador en su labor de incriminación de conductas (ius puniendi) estará vinculado y sólo podrá incriminar aquellas omisiones que tienen tal carácter con anterioridad a su selección como conductas típicas lesivas de bienes jurídicos. Se critica a esta última posición el hecho de que el ordenamiento jurídico “contribuye en forma sustancial a la configuración de la realidad social” y además de que existiría una autonomía de los conceptos jurídicos respecto de los sociales como acontece con la omisión de socorro que tiene solo un fundamento jurídico. Estas corrientes estiman necesario encontrar un **“sustrato prejurídico penal”** que determine la realidad de la omisión y que constituya su pretendida positividad y como esto no será posible desde un punto de vista naturalístico (la omisión es una nada desde esta óptica) recurren a criterios normativos-sociales (relevancia social). El reproche que se formula al sujeto es por no haber hecho algo determinado y no contra lo que se ha hecho en su lugar. Es aquí donde el no hacer algo determinado cobra realidad al recibir un contenido en el mundo de lo social, o dicho de otra forma, en la “esfera social” (situado entre lo natural y lo jurídico). Así “la realidad de

---

<sup>93</sup> Ídem, pág. 94.

la omisión surge de una concepción dinámica del proceso social de relaciones recíprocas como conjunto de situaciones de dependencia de las que se derivan las expectativas de acción.”<sup>94</sup> Así se señala que el fundamento de toda expectativa social es la existencia de una “relación de dependencia o proximidad”<sup>95</sup> puesto que esta situación de dependencia implica que pertenece a la vida normal de las personas el que se realicen prestaciones positivas unas a otras. “La relación de dependencia convierte el no-hacer-algo en una decisión sobre las posibilidades de otro.”<sup>96</sup> Así, estos autores concluyen que la omisión es, como la acción, una respuesta a exigencias situacionales, con lo cual se ofrece por ellos un sustrato suficiente para aplicarle los adjetivos propios de la materia (antijuridicidad por ejemplo). Esta concepción de la omisión como forma de “respuesta al medio” le permite a estos autores sentar las bases de la formación de un supraconcepto comprensivo de acción y omisión. Dentro de esta situación se encuentran los autores que adhieren a un “concepto social de acción” y así Jescheck señala que “el hacer positivo y la omisión pueden integrarse en un concepto de acción unitario cuando se alcanza a encontrar un punto de vista superior de carácter valorativo que aúne en el ámbito normativo los elementos que, por su esencia, resultan incompatibles”<sup>97</sup> y éste punto de vista superior debe buscarse en la “relación del comportamiento humano con su entorno” y “De acuerdo con ello la acción es un comportamiento humano con

---

<sup>94</sup> Ídem, pág. 97.

<sup>95</sup> Ídem, pág. 97.

<sup>96</sup> Ídem, pág. 97.

<sup>97</sup> Jescheck/ Weigend, Tratado de derecho penal, Parte general, 5ª edición, 2002, pág. 239.

trascendencia social”<sup>98</sup> y podemos decir que una conducta tiene “trascendencia social” exclusivamente cuando se refiere a la relación del individuo con su entorno y afecta al mismo a través de sus efectos.

Como antes se vio estas concepciones parten de la definición de acción (en sentido amplio) como modificación del mundo social externo, radicando la importancia del concepto en el “sentido social” de la acción-omisión (comportamiento) y que para la omisión radica específicamente en que la conducta del sujeto tenga el sentido de no evitación de un resultado determinado y que se genera por la **defraudación de una expectativa social de evitación de dicho resultado** y así puede entenderse lo necesario que es la existencia de esta expectativa, por que de esa forma se entiende o capta el sentido **social** de la omisión, o no evitación de **ese** resultado y no el de otros resultados posibles no impedidos. (Así se entiende que el padre deba salvar a su hija que se esta ahogando y no se le exija que recupere por ejemplo la muñeca arrojada al agua por su hija). Así, la omisión consiste en la “inactividad frente a una determinada expectativa de acción...”<sup>99</sup> que no es necesario que se encuentre jurídicamente fundamentada con anterioridad a su reconocimiento por otros grupos normativos.

---

<sup>98</sup> Ídem, pág. 239.

<sup>99</sup> Ídem.



Se critica estas posiciones en el sentido de que no toda omisión penalmente típica o cuyo fundamento sea una expectativa jurídica debe pertenecer previamente a esta categoría de omisiones sociales y así Gallas señala "...la existencia de una omisión en sentido jurídico es totalmente independiente de la concurrencia de una espera extrajurídica" y posteriormente señala "Omisión, en sentido jurídico, es la no ejecución de un obrar esperado por el Ordenamiento (esto es, jurídicamente necesario); omisión, en dicho sentido, no es, en cambio, la no ejecución, jurídicamente desaprobada, de un obrar esperado desde puntos de vista extrajurídicos."<sup>100</sup> También adhiere a estas críticas Schünemann que nos dice que no es necesario hacer de la expectativa social un elemento del concepto jurídico penal de omisión, y esto se justifica por cuanto la punibilidad de una omisión jurídico penal no depende de la defraudación de una expectativa social, por cuanto el Derecho al ser un sistema de normas con eficacia social entre otros existentes implica que la relevancia social por sí sola no significa nada para el Derecho, restándole a la expectativa social todo rol en cuanto a la configuración de la omisión en sentido jurídico penal. Basta con apreciar que existen omisiones sin una base social para descartar a la expectativa social como configuradora de la omisión jurídicopenal.

## **2.- Omisión y expectativa jurídica:**

---

<sup>100</sup> Gallas. La teoría del delito en su momento actual, 1959, pág. 18 y ss.

Corresponde ahora el análisis de las corrientes que señalan que la expectativa defraudada por la omisión tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico. Como antes se señaló encontramos dos variantes: aquellos que estiman que esa expectativa jurídica es previa a la tipicidad y los que estiman que la omisión es un injusto típico.

Los primeros dirán que omisión es un concepto jurídico en el sentido de que consiste en la defraudación de una **expectativa jurídica** de acción. Así Liszt, para quien omisión consiste en “no impedir, voluntariamente, el resultado”<sup>101</sup> en que la manifestación de voluntad consiste aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado (y que fuera realizable). Pero este concepto de omisión se ubica por esta corriente en un ámbito previo a la tipicidad. En palabras de Gimbernat la omisión “es siempre un no hacer en contra de lo exigido por alguna norma: esta norma es la jurídica penal cuando de lo que se trata es de la omisión delictiva (de la penada por la ley).”<sup>102</sup> Esta teoría es la que goza de mayor aceptación por la doctrina, en la cual omisión consiste en “**no hacer algo**” que se **hubiera debido ejecutar** y que se encuentra **exigido por una expectativa de carácter jurídico** y ese algo, esa acción que se debía realizar, que se determina con anterioridad al tipo mismo, se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico lo que permite adherir a la idea de Cousiño en cuanto se debe aceptar que la omisión

---

<sup>101</sup> V. Liszt, op.cit.

<sup>102</sup> Enrique Gimbernat, Sobre los conceptos de omisión y comportamiento, en ADPCP, tomo XL, Sept-Dic. 1987, pág.583.

tiene una “naturaleza tan solo deontológica o, dicho en otros términos, que su única realidad es la que ellas tienen ante el Derecho.”<sup>103</sup> Por tanto, puede decirse que para todas las teorías que conciben a la omisión como no hacer una acción determinada y exigida jurídicamente, la característica básica de ésta es que es un concepto en **referencia** y no existe, por tanto, una omisión en sí, sino siempre en relación a una determinada acción exigida. Específicamente, respecto de la teoría que analizo, se puede señalar que detrás de la estructura típica de la omisión siempre se encuentra una norma de mandato que obliga a la realización de una determinada acción y ésta exigencia de actuar nace de un sistema de relaciones sociales que precisa la acción a realizar por el sujeto y en este caso ese sistema de relaciones sociales es el ordenamiento jurídico en su conjunto, del cual nace la expectativa de acción que determinará que su no realización de nacimiento a una omisión en sentido jurídico penal. Así Bustos, para quién “La omisión surge en razón de que el ordenamiento jurídico ha fijado (valorado) de determinada manera las relaciones sociales”<sup>104</sup> para luego concluir que el delito de omisión aparece determinado desde un punto de vista preponderantemente normativo.

Mezger señala que “lo que convierte a la omisión en verdadera omisión es la acción esperada que el autor ha omitido realizar; porque no ha realizado esta

---

<sup>103</sup> Luis Cousiño, Tratado de derecho penal, parte general, pág. 499.

<sup>104</sup> Juan Bustos, Lecciones de Derecho Penal, Vol. II, Edit. Trotta, 1999, pág.200.

acción que se esperaba de él **es por lo que es punible...**<sup>105</sup> Este autor intentará otorgar un supraconcepto de acción comprensivo de la acción en sentido estricto y de la omisión, para lo cual señala que el que actúa siempre “hace algo” mientras que el que omite deja de hacer algo por lo cual detrás de cada omisión hay siempre una acción esperada. Luego concluirá que el punto común entre ese “hacer algo” y el “no hacer algo” será su referencia a valores.

El hecho de que la acción esperada se encuentre fuera del tipo, en forma previa a éste, no ofrece dudas respecto de aquellas expectativas fundadas en otras ramas del ordenamiento jurídico no penal (civil, comercial por ejemplo) pero siguiendo la lógica de esta propuesta, deberíamos concluir que sólo aquellas expectativas no penales permitirán constituir o conformar el concepto de omisión y nunca aquellas de origen penal. Ante esto se ha señalado que el propio ordenamiento jurídico penal puede crear expectativas que no tienen un símil en el resto del ordenamiento jurídico con lo cual crea omisiones propias (en el sentido de que ella no nace de otra rama del ordenamiento jurídico, es decir se trataría de una expectativa exclusivamente penal) y se cita por la doctrina como ejemplo de esto la omisión de denuncia.

Se critica esta teoría en el sentido de que no puede prescindir del concreto contenido del tipo legal para la determinación de lo que constituye la omisión,

---

<sup>105</sup> Mezger, citado por Cousiño, op. cit., pág. 293.

por cuanto sólo el tipo permite precisar la acción que se exige y así dar sentido a la omisión de esa “acción” exigida.

Por último, respecto de aquellos que establecen lo “**típico**” como elemento de referencia del concepto de omisión es preciso señalar que esta teoría estima que el injusto típico omisivo no debe estimarse condicionado por una previa antisocialidad de la omisión con anterioridad al tipo legal. Esta concepción estima que el concepto de omisión se constituye como tal, por referencia a la tipicidad, es decir, a una noción normativa y típica. Así el concepto de omisión surge en base a un juicio de naturaleza penal desde el tipo. Según Silva Sánchez esta teorías son consecuencia del normativismo como reacción a las insuficiencias del naturalismo en el estudio de los hechos jurídicos y también a las teorías de carácter sociológico o valorativo social que como hemos visto pretenden atribuirle a la omisión un carácter prejurídico con respecto al enjuiciamiento penal. Para algunos autores la omisión no tiene un sustrato previo alguno al enunciado típico mismo y así, el juicio normativo se asienta sobre la nada (sin referencia a la acción realizada efectivamente o a la posible, pero difícil de imaginar, inactividad total del sujeto) y consiste en la frustración de la expectativa de comportamiento por la no realización de la “acción esperada” y solo adquiere la omisión un significado en el ámbito normativo por el hecho de que se realizan juicios sobre esa nada, y así dirán que “el concepto de omisión tiene un contenido valorativo (no realización de la acción mandada por el Ordenamiento jurídico penal), no existe en él un sustrato real prejurídico:

en lo ontológico es una nada.”<sup>106</sup> De la misma opinión es **Susana Huerta** para quién la omisión es una nada y que solo adquiere significado en el plano normativo, cuando se formulan juicios de valor sobre esa nada que carece de toda realidad. Esta fundamentación de la omisión cuya referencia es la tipicidad implica negar la posibilidad de encontrar un sustrato material común a la acción y la omisión y, es mas, estas tesis parten del rechazo a esa posibilidad. Es el abandono de toda pretensión de un supraconcepto.<sup>107</sup> Para esta corriente el solo permanecer inactivo no constituye omisión si no contradice una expectativa jurídica de acción y es así que se define a la omisión como aquella “infracción de una norma penal imperativa a través de una conducta positiva o negativa consciente y voluntaria.”<sup>108</sup> Adhiere a estas ideas que se han expuesto Gallas, quien estima que no es posible constituir un elemento común a la acción y a la omisión que preceda a la valoración jurídica, por lo tanto, considera que no existe un denominador común a ambas antes de llegar al ámbito del tipo de injusto por lo cual se deduce que el elemento básico de la omisión nace del tipo (Omisión típica). Con esto el estudio de la teoría del delito se divide en 2 partes que corresponden al injusto del delito comisivo y por el otro lado el omisivo, con lo cual “se está implícitamente descartando la necesidad de las funciones de

---

<sup>106</sup> Bubnoff, citado por Silva Sánchez, op. cit., pág. 119.

<sup>107</sup> Los múltiples afanes de la doctrina alemana por encontrar un supraconcepto se justifica por cuanto el par. 1 StgB se refiere solo a las acciones como constitutivas de delito, por lo cual los autores debían encontrar la manera de dar cabida en el concepto de acción a esta forma comisiva tan especial como es la omisión, de lo contrario se debería concluir que las omisiones, por no ser acciones en sentido estricto, no podrían dar origen a un delito. Podemos ver que la situación en Chile es diferente por cuanto el artículo 1° del Código Penal se refiere expresamente a la acción y a la omisión como modalidades del delito.

<sup>108</sup> Jeltsch Navarro, Doctrina de los delitos de omisión, Memoria de prueba, Stgo. de Chile, 1968, pág. 31.

definición, clasificación y enlace, que no puede y no debe cumplir el concepto de acción típica.”<sup>109</sup> Pero debe mantenerse la función limitadora de la acción y también de la omisión, que permiten excluir del ámbito de relevancia penal determinados comportamientos, como movimientos reflejos, vis absoluta, en base a la idea de “conducta típica” y así las causales que tradicionalmente se estudian como excluyentes de la acción en general se convierten en causas de exclusión de la acción y omisión típicas.

Así las cosas, ésta corriente sostiene que no puede afirmarse, fuera del mundo de los valores sociales y de las normas jurídicas, la existencia de una omisión. La omisión encuentra su esencia en la valoración jurídica que se realiza por el legislador. Para concluir, lo que caracteriza a la omisión, desde el punto de vista jurídicopenal, es la no realización de una acción esperada por que es exigida por el ordenamiento jurídico; con lo cual se sustituye el estudio de la teoría de la acción por una teoría del tipo y, por tanto, tiene razón Roxin al señalar “cada vez gana más terreno la concepción de que para el Derecho Penal es menos importante averiguar si y con que requisitos se puede calificar como acción una conducta humana, que establecer cuando y hasta que punto se le pueden imputar como fundamentador de la responsabilidad un resultado a una persona.”<sup>110</sup> Así, lo decisivo es la imputación, lo cual implica la tesis de la normatividad de la omisión y la acción. Se refuerza lo dicho con las palabras de

---

<sup>109</sup> Susana Huerta Tocildo, op. cit., pág. 306.

<sup>110</sup> Roxin, citado por Susana Huerta en “Problemas fundamentales...”, pág. 308.

Honing citado por Susana Huerta para quién “Si la actuación de la voluntad no es típica, no existe absolutamente ninguna acción en el sentido que interesa al Derecho Penal.”<sup>111</sup>

En conclusión el concepto de omisión se construye como tal en referencia a la tipicidad, es decir, a una noción normativa. La omisión surge en virtud de “un juicio de imputación que se produce en el tipo. Mediante dicho juicio se atribuye (imputa) a la conducta del sujeto la no realización de una prestación positiva estimada ex ante como necesaria para la salvaguarda de un Bien Jurídico.”<sup>112</sup>

### **1.3.3.- Conclusión.**

Después de haber analizado los diferentes conceptos de acción y omisión que ha elaborado la doctrina y su evolución durante mas de un siglo es preciso establecer cual de ellos me parece mas acertado y que servirá de base al análisis posterior que se realizará del delito de omisión impropia.

En primer lugar considero necesario prescindir de los conceptos causales tanto de acción como de omisión. También debe reconocerse que si bien el finalismo

---

<sup>111</sup> Susana Huerta, op. cit., pág. 307.

<sup>112</sup> Silva Sánchez, op. cit., pág. 158.



realizó aportes importantes a la ciencia penal, su concepto de acción en sentido amplio basado en la finalidad ha sido criticado intensamente y se reconoce la incapacidad de ésta corriente de otorgar un concepto satisfactorio de la acción imprudente y asimismo de la omisión por cuanto la finalidad potencial que Welzel y sus seguidores creen ver en esas formas delictivas no son mas que una irrealidad.

En mi opinión debe reconocerse que el intento de establecer elementos comunes a acción y omisión fracasa por cuanto como dijo Radbruch éstas 2 formas delictivas se comportan como **A** y **No-A**<sup>113</sup>, es decir, son conceptos que se contraponen y carecen de elementos en común.

Si bien es cierto el concepto de acción de Roxin es bastante sugerente, considero que no nos sirve para otorgar un concepto propio y específico de omisión por cuanto decir que omisión es manifestación de personalidad puede servir para un primer acercamiento al tema, pero deja sin abordar lo que realmente conforma a la omisión, por lo cual considero mas adecuado definir la omisión por sus elementos característicos como son el dejar de actuar una posibilidad de evitación. En la vida diaria dejamos de realizar una multitud de acciones para realizar otras, así vemos que al leer un libro dejamos de ver televisión o ir al teatro pero, a mi juicio, esas posibilidades de actuación no

---

<sup>113</sup> Welzel, Derecho penal alemán, pág. 280; Susana Huerta y Emilio Octavio de Toledo, Derecho penal, parte general, pág. 555; Susana Huerta, Problemas fundamentales..., pág 283; Gimbernat, Sobre los conceptos de omisión y comportamiento, pág. 595 y ss.

constituyen una omisión sino que solo un “dejar hacer” que para efectos penales carecen de toda trascendencia y es mas, en el desarrollo de la vida diaria también carecen de importancia por cuanto no se valora la vida de una persona por lo que deja de hacer a cada momento para realizar otra cosa. Pero si a ese “dejar hacer” agregamos la existencia de una exigencia dirigida a la persona de que se comporte de una determinada manera podemos apreciar que lo no realizado cobra un valor en sí mismo, es decir, en la medida de que exista una obligación de actuar nuestro mero dejar de hacer se transforma en omisión de aquello a lo que estamos obligados. En un ejemplo, si permanecemos en la piscina tomando sol en un plácido descanso no se puede predicar que estemos omitiendo prestar atención a la piscina en que juegan unos niños, pero si agregamos una expectativa o un deber de actuación por parte de una persona, que en nuestro ejemplo será el salvavidas que se encuentra en su horario de trabajo podemos concluir que ese salvavidas que descansa plácidamente ha omitido prestar el auxilio necesario a un menor que se ahogó en la piscina y de lo cual nacerá una responsabilidad penal por un homicidio imprudente por omisión.

Podemos decir, entonces que la omisión es dejar de hacer algo que la persona se encuentra obligada a hacer, es decir, dejar de hacer una acción exigida por el ordenamiento jurídico y que además es posible de realizar.

## CAPITULO 2: CLASES DE OMISIÓN

### 2.1.- Breve visión general.

Para la conceptualización de ambos tipos de omisión, tradicionalmente la doctrina ha recurrido a un criterio formal y externo como criterio de distinción. Este criterio es el de si el delito de omisión tiene o no una regulación legal. Este criterio fue propuesto por Armin Kaufmann<sup>114</sup> y seguido por un buen número de tratadistas. Para estos autores la distinción entre las clases de omisión se realiza acudiendo a un criterio de naturaleza jurídico-positiva y, así, el delito de omisión propio es aquel que tiene su regulación **en la ley**, será por tanto, en otras palabras, aquel que tiene una tipificación legal expresa. Por otro lado, el delito de omisión impropia es aquel que ha sido creado **al margen de la ley**<sup>115</sup> por la jurisprudencia y la doctrina, en base a un tipo establecido por la ley que solo se remite a la acción. Por tanto, al faltar la tipificación legal expresa de la omisión es preciso que esta se castigue por el marco penal de un tipo comisivo. Welzel adhiere a este criterio y señala que el delito de omisión propia es aquel en que el Derecho penal establece “un grupo de disposiciones” que imponen “pena simplemente a la infracción de un deber de actuar” y que junto a estos mandatos de acción establecidos por la ley, existe además un vasto grupo de

---

<sup>114</sup> Así lo señalan entre otros, Bustos, Manual de derecho penal, parte general, pág. 243 remitiéndose a la obra de Kaufmann, Die dogmatik der unterlassungsdelikte, pág. 206 y ss.; Mir Puig, Derecho penal, parte general, pág. 300; Roxin, Derecho penal, parte general, pág. 200.

<sup>115</sup> De esta opinión son A. Kaufmann citado por Bustos en Manual de derecho penal, parte general, pág. 243 y ss.; Welzel, Derecho penal alemán, pág. 279, 280 y 288 y ss.

mandatos que obligan a evitar la inminente lesión de bienes jurídicos, “sin estar sancionados expresamente por la ley.”<sup>116</sup> Concluye que su transgresión se castiga, generalmente, de acuerdo al marco penal de aquellos delitos de comisión que se refieren a la realización de la misma lesión del bien jurídico. La redacción de Welzel es poco feliz y pareciera que adhiere a los criterios de la norma violada y al de si requieren o no un resultado lesivo diferente a la omisión. Pero he decidido incluirle en este grupo por cuanto el mismo Welzel señala que “los delitos de omisión impropios se diferencian de los otros dos grupos de delitos de omisión (*propia*) solamente en que no están tipificados por la ley misma.”<sup>117</sup> Por tanto, la diferencia para este grupo de autores radica no en un carácter material sino meramente de derecho positivo. Señalan que la sanción penal en el delito de omisión impropia se aplica por la omisión de una acción que habría evitado el resultado y que se asimila a la causación positiva de ese resultado, por el hecho de existir una posición de garante para el omitente, en virtud de la cual se encontraría obligado a evitar el resultado lesivo al bien jurídico de que se trate. Puede apreciarse que para ésta corriente también se requiere la existencia de una posición de garante como criterio de asimilación de la omisión a la acción que causa un resultado. Welzel propone como ejemplo el de la madre que deja morir de inanición a su hijo y que será penada en conformidad a las disposiciones penales que castigan el homicidio.

---

<sup>116</sup> Welzel, op. cit., pág. 279.

<sup>117</sup> Ídem.

Si bien es cierto este criterio es bastante claro, es insuficiente por cuanto se ha constatado por la doctrina la existencia de delitos de omisión impropia especialmente regulados (en los cuales se exige la producción de un resultado además de la omisión) y que para Kaufmann solo serian omisión propia, negando por tanto, las diferencias dogmáticas y materiales que existen entre omisión propia e impropia. Además, se le reprocha el hecho de que sus “omisiones impropias” también se encontrarían reguladas legalmente pero, es cierto, en una forma mas indeterminada que para el caso de la comisión activa de los mismos. Si fueran tipos no “regulados” en parte alguna por la ley, significaría que al sancionarse por uno de ellos se estaría recurriendo a la analogía contra reo y, es más, a la creación judicial completa de los delitos, lo que resulta totalmente inaceptable. Por ultimo, se le reprocha su estrecha dependencia de la situación legislativa y que incide en que un delito de omisión puede pasar de impropio a propio por un mero cambio legislativo.<sup>118</sup>

Otro criterio de distinción es el relativo al tipo de norma que se infringe con el delito de omisión. En el delito de omisión propia se vulnera una norma imperativa que impone actuar, mientras que en el impropio se vulneraría una norma prohibitiva que prohíbe una determinada acción. Así, Maurach sostiene que en el injusto de los propios delitos omisivos el “autor atenta contra una norma imperativa que le prescribe una actividad en determinada dirección, y

---

<sup>118</sup> Así Novoa Monreal y Silva Sánchez, ambos oportunamente citados.

cumple, con ello a su vez – sin que importen las restantes consecuencias de su no hacer- , el tipo, construido directamente sobre esta norma imperativa, que declara punible el incumplimiento del mandato **como tal.**”<sup>119</sup> Mientras que en los impropios, la esencia se encuentra en la norma antepuesta al tipo y que son de carácter prohibitivo. Concluye que los delitos de omisión impropia no son una variedad de los propios delitos de omisión por impedirlo la diversidad del mandato normativo en cada uno de estos dos casos, y estos delitos impropios serían, según este autor, un complemento de los delitos comisivos en sentido estricto. Son **delicta commissiva** todos los hechos punibles que se presentan como infracción de normas prohibitivas. Así, infringe la norma prohibitiva del “no matarás” tanto la madre que mata por actos positivos a su hijo, como la que observa impávida, inactiva a su hijo pequeño que se ahoga en un pequeño charco de agua. Se critica esta posición por cuanto en el delito de omisión impropia el garante que omite la acción esperada, solo infringe el mandato de actuar, y no simultáneamente la prohibición de causación del resultado. Así expresamente Maria Cuadrado Ruiz.<sup>120</sup> Este criterio normológico que radica la diferencia entre las omisiones sobre la base de que unas infringen un mandato y otras una prohibición no puede sustentarse, por cuanto, si se define la omisión como no realización de una prestación positiva, es claro que lo que caracteriza a toda omisión es el infringir una norma que, independientemente de su concreta

---

<sup>119</sup> R. Maurach, op. cit., pág. 262.

<sup>120</sup> María Ángeles Cuadrado Ruiz, La comisión por omisión como problema dogmático, pág. 405 y ss.

formulación, expresa un contenido prescriptivo de mandato. Por lo tanto, se concluye que ninguna omisión puede llegar a infringir una norma de contenido materialmente prohibitivo.

Por último, Zaffaroni recurre al criterio del autor para distinguir entre las omisiones. Así, serán tipos de omisión propia aquellas en que el autor puede ser cualquiera que se encuentre en la situación típica y estos tipos de omisión propia se caracterizarían por que no tienen un tipo activo equivalente. Por otro lado, las omisiones impropias son aquellas en que el autor solo puede ser quien se encuentra dentro de un delimitado círculo que hace que la situación típica de la omisión equivalga a la de un tipo activo. “La doctrina ha vacilado mucho a este respecto, hasta que se encontró que la limitación debía provenir del círculo de autores. Solo pueden ser autores de conductas típicas de omisión impropia quienes se hallan en posición de garante...”<sup>121</sup>

Posteriormente, Roxin, Rodríguez Mourullo y Muñoz Conde proponen una clasificación tripartita del tema en delitos de omisión pura o propia, delitos de omisión y resultado (omisión cualificada) y delitos impropios de omisión o de comisión por omisión.

---

<sup>121</sup> Zaffaroni, op. cit., Pág. 453.

Finalmente, Jesús María Silva Sánchez propone una nueva clasificación en la que superpone diferentes puntos de vista que será analizada en el punto 4 de este capítulo y con la cual concuerdo plenamente.

## **2.2. - La omisión simple o propia.**

Tratando de salvar las múltiples dificultades que se han suscitado en la doctrina para la definición del delito de omisión propia, en este capítulo se recurrirá para explicarla a la concepción que estimo más acertada que existe en nuestros días (con posterioridad se explicará la concepción que estimo correcta de este tipo de delitos, Capítulo 2.4) y que para su caracterización se recurre al criterio de si a la omisión se le puede imputar o no un resultado lesivo para el bien jurídico de que se trate. Es así, que la doctrina ha dicho que el delito de omisión propio es aquel que se agota en “la no-ejecución de la actividad ordenada por la norma; la acción típica estribará simplemente en que el “autor” no ha sido activo en la dirección ordenada.”<sup>122</sup> Puede observarse que estos delitos consisten en la pura desobediencia frente a una norma imperativa en los cuales no interesan las restantes consecuencias del no hacer. El contenido del injusto está constituido por la simple infracción de un deber de actuar. Paradigma de este tipo de delitos es la omisión del deber de socorro (artículo 494 N° 14 del código penal) en el

---

<sup>122</sup> R. Maurach, op. cit. Pág. 262.



cual el deber de actuar surge, en el plano objetivo, de la presencia de una situación típica (persona desamparada y en peligro manifiesto y grave) que exige una intervención, la cual de no realizarse, genera la responsabilidad penal respectiva respecto del omitente sin importar las ulteriores consecuencias que pudieren lesionar otro bien jurídico. Por ejemplo, no se responsabilizará al omitente por la muerte acaecida, salvo que se encontrara en un especial deber de garante, lo que transformaría al tipo en un delito de omisión impropio. Jescheck nos dice que “lo acertado es...considerar los delitos propios de omisión como hechos penales que se agotan en la **no realización de la acción requerida por la ley**” y más adelante concluye acertadamente que en estos casos “el legislador no obliga al omitente a impedir el resultado, y por ello tampoco hace de la producción de un determinado resultado un elemento del tipo.”<sup>123</sup>

### **2.3. – La omisión impropia.**

Podemos señalar que el delito impropio de omisión es aquél en que además de existir un no hacer (no-realización de la acción ordenada por la ley por medio de una norma imperativa) se exige que se produzca un determinado resultado, el cual será imputado al autor de la omisión en virtud de la ley o por una

---

<sup>123</sup> H. H. Jescheck, op. cit., pág. 550 y 551. Según el autor de la misma opinión son Gallas, Blei, Bockelmann, M. E. Mayer, Wessels y Schöne entre otros.

equivalencia estructural y normativa entre acción y omisión. En Chile, Ricardo Blanco en su tesis sobre el delito de omisión señala respecto al delito omisivo impropio que “Una de las características más sobresalientes en esta clase de delitos es que consisten en la producción de un determinado efecto jurídico, es por esta razón que se le denomina de peligro concreto, ya que generalmente se vulnera una norma prohibitiva...”<sup>124</sup> ante lo que cabe señalar que en el delito de omisión impropio no se vulnera una norma prohibitiva sino que una preceptiva que ordena la realización de una determinada acción que evite la producción de un resultado lesivo a un bien jurídico. Lo que sucede es que por la gravedad del resultado producido y la existencia de una posición de garante, se imputa ese resultado al omitente **como si lo hubiese causado activamente** él mismo, pero reconociendo que no lo ha causado directamente. Por tanto, puede decirse que en el tipo legal se contiene un mandato y una prohibición. Así, cuando el artículo 391 señala que “el que mate a otro” será penado, nos dice que se prohíbe matar o, en otras palabras, realizar una acción destinada a causar la muerte (norma prohibitiva). Pero también nos señala que debemos actuar para interrumpir un curso causal que llevaría a la producción de la muerte de una persona cuando estemos en posición de garantía bajo la amenaza de una pena (norma imperativa), es decir, se debe ejecutar la acción idónea para evitar el resultado. En palabras del gran jurista Eduardo Novoa Monreal, se puede decir “que estas omisiones, que conducen a la lesión de bienes jurídicos penalmente

---

<sup>124</sup> Ricardo Blanco, op. cit., pág. 197.

protegidos, han de consistir específicamente en la abstención de movimientos corporales que habrían impedido **la producción del resultado injusto**. Lo más característico de ellas está, por consiguiente, en que el sujeto no impidió la lesión de un bien jurídico que pudo ser evitada por él.”<sup>125</sup> Aunque posteriormente Novoa estima que el criterio de distinción entre las omisiones se encuentra en el tipo de norma violada (así una norma imperativa en los delitos propios de omisión y una norma prohibitiva en los impropios de omisión) este autor estima que los delitos de comisión, que otorgan una reforzada protección penal a bienes jurídicos por medio de normas *prohibitivas*, pueden ser realizados por una acción positiva, como también mediante una abstención, de acciones que habrían podido evitar la lesión de dichos bienes por parte de un sujeto cualificado.

Por tanto, en una primera aproximación podemos centrar la idea del delito de omisión impropio en torno a los siguientes caracteres: *a)* un tipo penal que contemple un resultado lesivo de un bien jurídico; *b)* un omitente obligado específicamente a proteger de manera activa ese bien y; *c)* la no realización por ese omitente de movimientos corporales que habrían permitido impedir la lesión de ese bien jurídico.

---

<sup>125</sup> Eduardo Novoa Monreal, Fundamentos de los delitos de omisión, pág. 120.

## **2.4. – Una nueva clasificación de los delitos de omisión.**

El jurista español Jesús María Silva Sánchez en su obra “El delito de omisión. Concepto y Sistema” propone una nueva sistematización de los delitos de omisión, la cual ha sido acogida por algunos autores españoles (entre ellos María Ángeles Cuadrado Ruiz) señalando, luego de realizar un análisis de los diferentes criterios sustentados por otros autores para la clasificación de la omisión, que debe recurrirse a un sistema que relacione estos diferentes criterios para otorgar una correcta división del tema que nos ocupa, en base a una mezcla de los diversos criterios señalados por otros autores.

A continuación se presenta un cuadro explicativo de la clasificación señalada anteriormente, el que será tratado con mayor profundidad en los párrafos siguientes de este acápite.

### **A) Omisión pura o simple:**

#### **1. - Omisión pura general**

#### **2. - Omisión pura de garante:**

##### **2.1. - Expresamente tipificada**

##### **2.2. - No expresamente tipificada**

### **B) Omisiones referidas a resultados:**

#### **1. - Omisión referida a resultado sin equivalencia comisiva**

## **2. - Omisión referida a resultado con equivalencia comisiva (garante)**

### **2.1. - Legalmente determinados**

### **2.2. - Comisión por omisión (no se contemplan en precepto legal con descripción típica negativa)**

En Chile la doctrina mayoritaria recurre como criterio de distinción entre omisión propia e impropia a la de sí se encuentran o no establecidas por la ley. Así, el delito de omisión propia tendría una regulación legal (omisión de socorro) y el impropio carecería de tal descripción legal y debe “construirse” sobre la base de un tipo legal de acción establecido en la ley y para el cual se recurre a la “posición de garante” para asimilar el omitir a la causación activa del resultado lesivo al bien jurídico que se trate. Así, Don Mario Garrido Montt señala que “la distinción entre una y otra especie dice relación con la circunstancia de estar o no descrito el respectivo tipo penal.”<sup>126</sup>

Para Jesús Silva Sánchez, las clasificaciones bipartitas del tema no son lo suficientemente precisas para otorgar una caracterización completa de las realizaciones típicas omisivas, y señala que “una exposición integral de las diversas clases de omisiones únicamente puede resultar de la apreciación conjunta de las múltiples perspectivas – político-criminales, axiológicas,

---

<sup>126</sup> Mario Garrido Montt, *Nociones fundamentales de la teoría del delito*, vol. 2, 2001, pág. 182.

jurídico positivas, estructurales – desde las que cabe clasificarlas.”<sup>127</sup> Sólo mediante el entrelazamiento de los diferentes criterios de distinción propuestos por los diversos autores que han estudiado el tema es que se puede obtener una sistematización de las clases de omisiones que presenten perfectamente un número de propiedades y características comunes suficientes que permita establecer los rasgos conceptuales comunes y las diferencias de cada una de ellas respecto de las demás, con el objetivo de otorgar a la comunidad un concepto preciso de cada omisión que cumpla con los requisitos de “seguridad jurídica” necesaria en un Estado Democrático de Derecho que respete, en el caso de la **omisión impropia referida a resultado con equivalencia comisiva no regulada legalmente**, el principio de legalidad, en especial en lo referido a la prohibición de la analogía en el Derecho Penal y al mandato de determinación de la conducta prohibida por la ley. “También es verdad que la seguridad jurídica sufre un serio menoscabo con la admisión de los tipos omisivos impropios que no están escritos. Da la impresión de que el principio de legalidad sale sufriendo una muy seria excepción, aunque, por otro lado, también se tiene la impresión de que la admisión de los tipos omisivos impropios no escritos no hacen más que agotar el contenido prohibitivo del tipo activo...”<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> Silva Sánchez, op. cit., pág. 339.

<sup>128</sup> Eugenio Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, parte general, 2001, pág. 454.

El autor antes señalado comienza su análisis formulando una crítica a las posiciones que recurren al criterio de la **naturaleza de la norma infringida** en los delitos de omisión, y es así (como ya dijimos) que, encontramos omisiones que vulneran un mandato y aquellas otras que infringen una prohibición. Así, “Luden ...ideó la designación de *omisión impropia* para la comisión por omisión por entender que a través de la infracción de la norma preceptiva la misma infringía, además, otra norma prohibitiva: la que prohíbe causar el resultado. La comisión por omisión era *omisión impropia* porque en realidad constituía una forma de causación del resultado prohibido.”<sup>129</sup> Concluye gran parte de la doctrina que este criterio de distinción no es de recibo por cuanto si se define a la omisión como “no realización de una prestación positiva”,<sup>130</sup> resulta claro que la característica esencial de ésta reside en infringir una norma que, independientemente de su concreta formulación, expresa un **contenido prescriptivo de mandato**, y es así que Jescheck señala que en los delitos impropios de omisión “el garante que omite la acción esperada, sólo infringe asimismo el mandato de actuar, y no simultáneamente la prohibición de la causación del resultado.”<sup>131</sup> Según la doctrina, no puede infringirse por un *no* hacer una norma que prohíbe actuar.

Un segundo criterio, que también conduce a una clasificación bipartita de las omisiones es aquel que se basa en la descripción legal de la omisión, llamado

---

<sup>129</sup> Mir Puig, op. cit., pág. 300.

<sup>130</sup> Silva Sánchez, op. cit., pág. 321.

<sup>131</sup> Jescheck, op. cit., pág. 552.

**criterio formal<sup>132</sup> o positivista**, para el cual el delito de omisión no se clasifica en base a un criterio material, sino de naturaleza jurídico-positiva. Este criterio, como ya se señaló, fue propuesto por Armin Kaufmann y seguido después por un buen número de autores, para los cuales es criterio decisivo el de la tipificación legal expresa de la realización omisiva, o por el contrario, su vinculación al marco penal de un tipo comisivo. En el primer caso nos encontraremos, según éstos autores, ante una omisión propia, y en el segundo caso se trataría de una omisión impropia. Dicho de otra forma, los delitos propios de omisión han encontrado su regulación en la ley, mientras que los impropios han sido creados al margen de la ley por la jurisprudencia y la doctrina, y es preciso que ésta se castigue por el marco penal de un tipo comisivo. Se reconoce por la doctrina que el criterio que propone Kaufmann goza de cierta claridad y, por tanto, no se puede prescindir de él (Silva Sánchez recurre a él en su sistematización de las omisiones), pero por sí solo resulta insuficiente para una detallada clasificación de las realizaciones típicas omisivas. “Particularmente se muestra incorrecto si con él se trata de negar la existencia de diferencias dogmáticas y materiales entre los delitos de omisión”<sup>133</sup> y de la misma opinión es Jescheck, que además prescinde del dato de que la propia ley ha regulado delitos impropios de omisión que deben tratarse de forma diferente a los delitos propios de omisión.

---

<sup>132</sup> Así lo califica Rudolphi, citado por Silva Sánchez, La omisión: concepto y sistema, pág. 322 en nota al pie de página nº 178.

<sup>133</sup> Silva Sánchez, op. cit., pág. 323.



Otro grupo de corrientes doctrinarias recurre al criterio de la asimilación de las omisiones con los delitos de actividad, y es así que distinguen entre omisiones propias, como las correspondientes a los delitos activos de mera actividad, y las omisiones impropias, como aquellas equivalentes a los delitos de resultado. En ambos casos de omisión existe un deber de actuar de idéntica naturaleza y en ambos casos de omisión este deber se impone para la evitación de un resultado trascendente al mero no actuar, pero entre las dos clases de omisión existe una diferencia sustancial, que consiste en que en el delito impropio de omisión la producción del resultado es un elemento del tipo del delito consumado (el cual deberá ser imputado objetivamente a la omisión), mientras que en el delito propio de omisión no se requiere la producción de un resultado trascendente al mero no-actuar, es decir “La evitación del resultado, aunque pueda ser en muchos casos *ratio* del precepto, no tiene reflejo en la formulación típica.”<sup>134</sup> Así, por ejemplo, se incurre en la omisión de socorro del artículo 494 N° 14 sólo por no realizar la acción esperada y exigida por la ley, aún cuando no se produzca ningún resultado lesivo para la vida o integridad física de la persona en peligro. La primera crítica que se formula contra éste criterio consiste en que ciertamente en la mayoría de los casos de omisión propia la actividad que se manda lo es para evitar un resultado cuya producción, sin embargo, no viene exigida por el tipo de delito consumado, pero en algunos supuestos sí se incluye el mencionado resultado como elemento de la realización típica. Por tanto, no

---

<sup>134</sup> Silva Sánchez, op. cit. Pág. 327.

toda omisión propia es similar a los delitos de mera actividad. Algunos autores sostienen la crítica de que existirían algunos delitos de omisión impropios cuyo paralelo serían los delitos de mera actividad, es decir, nos encontraríamos, entonces, ante el caso de la posibilidad de realización de delitos de mera actividad en comisión por omisión, lo que de antemano debe ser rechazado.

Se sostiene como fundamento para negar la comisión por omisión de delitos de mera actividad el que por razones de garantía de la ley penal los delitos de mera actividad al no requerir un resultado trascendente a la mera realización de una conducta concreta, ésta no se halla descrita por referencia a aquel, sino mediante una configuración más o menos clara de su contenido y por lo cual parece imposible que la no-evitación de la lesión del bien jurídico por un garante cualificado pueda ser equiparable a la realización activa del mismo. Como fundamento de este postulado se recurre por los autores al principio lógico de no contradicción el que determina que la no realización de una acción no pueda ser equivalente a su realización.

La primera división que realiza Silva Sánchez en éste tema conduce a una bipartición de la materia en estudio, distinguiendo entre “**omisiones puras**” o “**simples**” y “**omisiones referidas a resultados**”, siendo las primeras aquellas a las que no cabe imputar el resultado lesivo trascendente a la omisión, cuya no evitación ha venido dada por la no realización de la acción indicada, es decir, se agotan en la sola no-realización. Las segundas se caracterizan por la posibilidad

de imputárseles el resultado lesivo que, al no realizarse la conducta indicada, no ha sido evitado.

Del análisis de este primer gran grupo de omisiones puede advertirse que el autor utiliza el criterio de la identidad estructural de la omisión con la comisión que es básicamente coincidente con la que distingue entre omisiones a las que es posible imputar el resultado, si éste se produce, y aquéllas en las que no cabe establecer tal vínculo de imputación. El sustrato de esta distinción dice relación con la posibilidad de imputar el resultado lesivo que se produzca a aquellas omisiones que presenten una identidad estructural con la correspondiente comisión activa. Además se percibe que otro fundamento de este primer grupo, consiste en que las omisiones puras constituyen hechos de menor gravedad y merecedores de una pena inferior de la que correspondería a la comisión activa del mismo, por el hecho de no ser determinante la producción de un resultado diferenciado al solo no actuar.

Al primer grupo resultante de ésta división del tema, Silva Sánchez aplica el criterio del círculo de sujetos que pueden realizarlas para concluir que las omisiones puras pueden ser **generales** o de **garante**.

Las omisiones puras generales son aquellas que pueden ser realizadas “por todos los que pudiendo llevar a cabo la acción indicada no la llevan a

término”,<sup>135</sup> mientras que las omisiones puras de garante sólo pueden ser realizadas por un círculo más restringido de autores caracterizados por la “ostentación de una posición de responsabilidad especial.”<sup>136</sup>

La existencia de las omisiones puras generales se debería a consideraciones de solidaridad general en aras de la protección de bienes jurídicos individuales y, como lógica consecuencia, pueden ser cometidas por cualquier persona y además se caracterizan por ser de una gravedad menor que una omisión pura de garante (aplicación de un criterio valorativo), por tratarse de un interés general cuya protección recae en la generalidad de los ciudadanos sin existir un deber especial de actuar como existe en la omisión pura de garante.

A la última clase de omisión señalada, el autor aplica el criterio de la regulación expresa por la ley para concluir que existen omisiones puras de garante establecidas por la ley y otras que carecen de tal regulación.

Las omisiones referidas a resultado, como su nombre lo indica, se caracterizan por cuanto es posible la imputación del resultado trascendente a la no-realización de la conducta indicada y que, a consecuencia de éste hecho, no ha sido evitado por el sujeto (en ésta categoría se encuentra la comisión por omisión como una especie de éstas omisiones referidas a resultado). Para

---

<sup>135</sup> Silva Sánchez, op. cit., pág. 344.

<sup>136</sup> Ídem, pág. 344.

obtener esta distinción Silva Sánchez recurre a los criterios de la existencia de un “círculo restringido de sujetos que son los únicos que pueden realizarlas”,<sup>137</sup> y a un criterio valorativo por tratarse de hechos más graves, en similares circunstancias, que los que pueden presentarse en las omisiones puras. (Puede señalarse, entonces que las omisiones puras desde el punto de vista valorativo son de una gravedad intermedia en relación con aquellas que se refieren a resultado, sin perjuicio de concluir que dentro de estas omisiones puras, las de garante revisten una gravedad mayor que la omisión pura general).

A éste gran grupo de omisiones con referencia a un resultado, para una acertada clasificación, se le aplican por el autor español, dos elementos de distinción: el de la identidad estructural (equivalencia) con la comisión y el de la tipificación expresa en preceptos de “**descripción negativa**”, lo que lo que nos conduce a una división, que a continuación se analizará.

Un primer grupo de omisiones referidas a resultado son aquéllas que, apareciendo expresamente tipificadas en preceptos de descripción negativa y siéndoles imputado un resultado, no son susceptibles de equipararse a un delito de realización comisiva.

---

<sup>137</sup> Silva Sánchez, op. cit., pág. 347.

Una segunda categoría se refiere a aquellas realizaciones típicas omisivas referidas a resultado que presentan una equivalencia con la correspondiente comisión activa, es decir, se caracterizan por que el resultado se puede imputar en idéntica medida que la creación activa del riesgo de producción del mismo. Es decir, ésta clase de omisiones tendrían un injusto lo suficientemente grave como para que el resultado pueda asimilarse por igual que en los casos de comisión activa. A ésta categoría debe aplicársele el criterio de la regulación legal para encontrarnos con dos **subcategorías** que son aquellas omisiones que:

- 1.- Aparecen expresamente acogidas en descripciones negativas, por preceptos legales que contemplan a la vez la correspondiente comisión activa y;
- 2.- Aquellas omisiones referidas a resultado y equivalentes a la comisión que no se contemplan en precepto legal alguno con una descripción típica negativa.

Para establecer la existencia de éstas últimas realizaciones omisivas es necesario fundamentar su inclusión en tipos legales de descripción positiva, para lo cual será necesario además de la existencia de una posición de garantía, que la realización omisiva presente una equivalencia estructural y normativa con el tipo comisivo al que deberá remitirse para su concreción legal. Este grupo constituiría los llamados delitos de **comisión por omisión**, en los cuales se debe proceder a encuadrar una realización típica omisiva en un precepto legal que solo regula la comisión activa y nada dice de la omisiva, por ejemplo, a primera vista el artículo 391 del Código Penal establecería una norma primaria de índole prohibitiva (prohibido matar) en el cual se debe encuadrar

una figura omisiva consistente en dejar morir a alguien y, lo importante es que el resultado lesivo trascendente –no evitado– “se impute a la no realización de la acción indicada en idéntica medida que a las creaciones activas del riesgo de producción del mismo. En fin, son omisiones cuya equivalencia con la comisión, lejos de venir declarada en preceptos penales que aludan a ellas en expresas y determinadas descripciones negativas, ha de establecerse en el marco de preceptos de descripción positiva que, a primera vista, parecen referirse únicamente a comisiones activas.”<sup>138</sup>

Se puede apreciar que la sistematización de Silva Sánchez permite acotar y a mi juicio precisar los llamados delitos de comisión por omisión, los cuales tantos problemas han generado en la doctrina hasta el punto de que algunos autores señalan que la comisión por omisión se extiende a todos los casos de delitos omisivos no establecidos por la ley. (asimilación del delito impropio de omisión con la comisión por omisión).

---

<sup>138</sup> Silva Sánchez, op. cit., pág. 349.

## **CAPÍTULO 3 : EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA.**

### **3.1.- Conceptualización.**

El delito de omisión impropia es aquel en que concurre un no hacer que produce un resultado lesivo para un bien jurídico, es decir, se incumple un mandato de actuar una acción posible que genera la lesión de un bien jurídico que normalmente se lesionaría por medio de una acción. Normalmente en los tipos legales se hace clara alusión a la acción lesiva pero nada se dice sobre una posible omisión en el resguardo al bien jurídico. La doctrina señala que se puede adscribir ese resultado a la omisión por la equivalencia que existe entre actuar y omitir como proceso social de relevancia jurídica. Pero para limitar el círculo de autores posibles se exige la concurrencia de una posición de garantía que origina un deber de actuación y de evitación, que impone el deber de actuar positivamente en la protección de ese bien jurídico. De esta forma, solo ciertas personas que tienen una determinada cercanía y vinculación social con ese bien jurídico, se encontrarán en el deber de conjurar los peligros que se presenten y evitar que se conviertan en un proceso lesivo de estos. Esta posición de garantía como lo señala la mayoría de la doctrina será un elemento no escrito del tipo legal. Uno de los mayores problemas del delito omisivo impropio es el de determinar cuáles son las fuentes de la posición de garantía, para lo cual se adhiere a la teoría material de las fuentes de garante en la proposición que



formula Kaufmann, Roxin, Jakobs entre otros, lo que será analizado mas adelante.

Como todo delito puede cometerse con dolo o culpa. La diferencia en estos elementos, en relación al delito de acción, serán sus elementos, especialmente en lo relativo al dolo que solo requerirá el conocer los elementos del tipo legal. El deber de actuación se encuentra en el injusto, es decir, forma parte de la antijuridicidad.

Respecto a la culpabilidad de este delito, basta con señalar en este momento que no difiere en gran medida de la que encontramos en el delito de acción.

### **3.2.- El tipo objetivo en los delitos de omisión impropia.**

Para la existencia de la responsabilidad penal por un delito, es necesario que nos encontremos ante un hecho típico, antijurídico y culpable, y en algunos casos es preciso que concurra una condición objetiva de punibilidad o que no se den los presupuestos de una excusa legal absolutoria (Artículo 489 del Código Penal). En la sistemática tradicional de la teoría del delito, con el objeto de facilitar la tarea de determinar si se ha verificado o no un delito, se tiende a sistematizar el estudio del Derecho Penal, para lo cual se procede a analizar primeramente la acción, luego la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Cada una de estas notas es requisito previo de la otra y así, si nos encontramos

ante una acción típica pero justificada (no antijurídica, como puede ser una lesión causada en legítima defensa) no será necesario investigar la culpabilidad, por cuanto ese hecho no será punible; o bien si nos encontramos ante un hecho atípico no será necesario analizar si es o no antijurídico desde el punto de vista penal.

En capítulos anteriores se ha analizado el concepto de acción y de omisión, por lo tanto ahora corresponderá el estudio de la tipicidad del delito de omisión impropia, o más exactamente, del tipo.

### **3.2.1.- El tipo.**

El concepto de “tipo” se encuentra en el Derecho Canónico con el nombre de **corpus delicti**<sup>139</sup> que eran los signos externos de un delito que justificaban especiales medidas de persecución. Era ante todo un concepto procesal y en el cual el interés radicaba en determinar qué hecho ha ocurrido en la realidad y por tanto respondía a la pregunta de ¿qué ha de considerarse como ocurrido?

Con posterioridad comenzará a hablarse de “**tipo**” como un supuesto de hecho con clara referencia a lo ocurrido en concreto y, con especial atención, a la

---

<sup>139</sup> Mir Puig, op. cit., pág. 128.

valoración jurídica de ese hecho y así, la pregunta esencial será ¿cómo ha de valorarse lo ocurrido?

Es Beling el primero en hablar de “tipo” (tatbestand, literalmente, “supuesto de hecho”) con lo cual se refiere a la “totalidad de los elementos que hacen patente de que delito se trata típicamente.”<sup>140</sup> De esta forma Beling sitúa al tipo como un escalón independiente del delito previo a la antijuridicidad y la culpabilidad. Antes de Beling solía definirse el delito como una acción antijurídica, culpable y amenazada con pena, en el cual la tipicidad del hecho debía encontrarse en la expresión “amenazada con pena”, pero esta formulación no permite reconocer qué características y cualidades debe tener una acción para estar conminada con una pena. Para Beling, delito es “una acción típica, antijurídica y culpable, subsumible en una conminación penal ajustada a ella, y que realiza las condiciones de la conminación penal.”<sup>141</sup> Con esta nueva categoría del delito se brinda una firme posición sistemática a muchos elementos que antes no tenían lugar fijo en la teoría del delito como son la teoría de la causalidad, la teoría del resultado, de la acción, etc. Este tipo para Beling debe ser “objetivo” y “libre de valor” (no valorativo). El que sea “objetivo” significa que debe estar desprovisto de toda referencia a procesos subjetivos, intra-anímicos del sujeto actuante, es decir, desprovisto de dolo o imprudencia o de cualquier otro elemento subjetivo, “a excepción de la voluntariedad, que es propia de toda

---

<sup>140</sup> Beling, citado por Jakobs, Derecho Penal, pág. 189.

<sup>141</sup> Lehre Von Verbrechen, Pág. 7, citado por Jakobs, op. cit., pág. 189.

acción, según el concepto causal.”<sup>142</sup> Dolo e imprudencia son elementos de toda acción que para el sistema clásico del delito (cofundado por Beling) forman parte de la culpabilidad, como la relación psicológica existente entre el hecho y su autor. “El tipo sólo contiene una descripción del aspecto **objetivo** del hecho punible, esto es, de sus características externas.”<sup>143</sup> “Los elementos subjetivos, en cambio, se encuentran adscritos en su totalidad a la culpabilidad, que en su sistema (refiriéndose al sistema de Beling) tiene un carácter marcadamente psicológico.”<sup>144</sup>

Este “tipo” del delito no debe contener juicio de valor alguno. El carácter no valorativo implica que el tipo no debe tener ninguna valoración legal que haga referencia a la antijuridicidad de la acción típica, y es así que este autor señala “la sola comprobación de que se ha cumplido un tipo por sí misma no es gravosa para nadie. Las investigaciones sobre la tipicidad se mantienen en un terreno estrictamente neutral.”<sup>145</sup> El tipo es un puro objeto de la valoración, la cual se realiza en el ámbito de la antijuridicidad. Para Beling, el tipo cumplía las funciones sistemática, dogmática y político-criminal. Con el tipo sistemático se alude al conjunto de elementos que dan como resultado saber de que delito de trata. Su función político-criminal o de garantía implica dar cumplimiento al principio “**nullum crimen sine lege**” por el cual el Derecho Penal describe

---

<sup>142</sup> Jakobs, op. cit., pág. 189.

<sup>143</sup> Cury, op. cit., pág. 266. Destacado en el original.

<sup>144</sup> Ídem. El paréntesis es mío.

<sup>145</sup> Beling, Pág. 147, citado por Roxin, Derecho Penal, pág. 279.

exactamente por medio de tipos legales las conductas prohibidas, dando pie al **Derecho Penal del Hecho** en el cual la punibilidad del hecho realizado se vincula a una acción concreta descrita típicamente y en el cual la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo (en cambio, en el Derecho Penal de Autor la pena se vincula a la personalidad del autor).

Por último, la función dogmática del tipo consiste en describir los elementos cuyo desconocimiento excluye al dolo, es decir, es el tipo para los efectos del error de tipo. Estas funciones del tipo actualmente son plenamente reconocidas por la doctrina, pero la diferencia radica en que para Beling el tipo era unitario, es decir, “los mismos elementos de contenido podrían cumplir simultáneamente los tres cometidos”<sup>146</sup> y la actual doctrina estima que hay que distinguir el tipo sistemático, el tipo de garantía y el tipo a efectos de error. El tipo de garantía abarca más elementos que el tipo sistemático y el tipo para efectos de error difiere del sistemático, por cuanto el dolo no puede formar parte del tipo para efectos del error por que difícilmente podrá el propio dolo ser objeto de un error de tipo. El dolo, por tanto, pertenece al tipo sistemático pero no al tipo a efectos de error (todo esto partiendo de la base de que el dolo típico se introduce dentro del propio tipo como parte subjetiva del mismo).

---

<sup>146</sup> Roxin, Derecho Penal, pág. 278.

Posterior a la formulación de Beling se señala que el tipo tiene elementos subjetivos en el cual el injusto del hecho depende de la dirección de la voluntad del autor. “Se reconoce que ciertos tipos no pueden captar el significado del hecho si no se refiere a unos contenidos subjetivos.”<sup>147</sup> Por ejemplo: en los abusos sexuales se requerirá de una tendencia subjetiva lasciva y en el hurto del ánimo de apropiación. No podrá captarse el sentido de una acción como configuradora de la figura de hurto si no contiene el elemento subjetivo del sujeto de querer apropiarse de una especie ajena.

Un paso más en esta subjetivización del tipo lo aportó la teoría final de la acción, que incluye en el tipo el dolo dirigido a la realización de las circunstancias objetivas del hecho, con lo cual para determinar la clase de tipo delictivo que se ha realizado se debe acudir en forma esencial a la presencia o ausencia de dolo. Así: para distinguir entre un homicidio doloso y un homicidio culposo.

M.E. Mayer<sup>148</sup> reconoce, por otro lado, que la realización del tipo es un indicio de la antijuridicidad; es **ratio cognoscendii** de la misma; es un indicio denotador de la antijuridicidad pero no es componente de la misma. El descubrimiento de estos elementos normativos del tipo implica una valoración,

---

<sup>147</sup> Cury, op. cit., pág. 266.

<sup>148</sup> Bustos, manual de derecho penal, pág. 133 y ss.

que en parte prejuzga la antijuridicidad, y que según Mayer, son circunstancias que son auténticos elementos de la antijuridicidad por cuanto fundamentan a la misma. Así, por ejemplo: con la ajeneidad en el hurto, por cuanto, en la vulneración de la propiedad de otro radica un elemento esencial del injusto del hurto.

Pero estos elementos normativos forman parte del tipo, por cuanto deben estar cubiertos por el dolo del agente. Por tanto, M.E. Mayer señalará que en el tipo existen elementos normativos por oposición a los elementos descriptivos que contienen descripciones asequibles por una percepción sensorial, pero que no contienen una valoración que sólo se realiza en el ámbito de la antijuridicidad.

Esta formulación de los elementos normativos del tipo fue recibida ampliamente por la doctrina, e incluso se llegó a señalar que muchos elementos que se consideraban descriptivos puros en ciertos casos límite son normativos, o sea, que requieren una valoración judicial orientada a la antijuridicidad. Por ejemplo: qué es persona, desde cuando existe y hasta cuando, lo que incide en precisar si un hecho será homicidio o aborto, etc. El tipo, por tanto, es una figura normativa con elementos subjetivos y objetivos, o en palabras de Wolf, “un inseparable entramado estructural donde se entrelazan elementos de valor y elementos del ser.”<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> Citado por Roxin, Derecho Penal, pág. 282.

“En el Derecho Comparado se reconoce a Beling el mérito de haber destacado la posición independiente y fundamental de la tipicidad en la estructura del delito...”<sup>150</sup> Pero el descarnado concepto del delito tipo ha perdido vigencia y en buena medida pertenece a la historia. “La mayoría de la doctrina contemporánea considera que el tipo está compuesto por elementos, tanto objetivos como subjetivos, entre los cuales se incluye al dolo y a la imprudencia. Una parte apreciable de ella le atribuye, además, una función valorativa que, en algunos casos, se confunde incluso con la de la antijuridicidad.”<sup>151</sup> “De conformidad con la actual situación de la teoría del delito, hay que aceptar que en el tipo deben encontrar acogida todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material del injusto del hecho punible.”<sup>152</sup>

Por último, el tipo debe señalar con precisión el bien jurídico tutelado en que consiste la acción u omisión prohibida o mandada, si una u otra deben causar una lesión o solo un peligro para el bien jurídico y la exigencia subjetiva (dolo o imprudencia).

En ciertos casos la descripción elemental hecha por el legislador en el tipo no será completa (sólo se señala una parte de esos elementos) y será el juez quien

---

<sup>150</sup> Cury, op. cit., pág. 267.

<sup>151</sup> Ídem.

<sup>152</sup> Jescheck/Weigend, Derecho Penal, pág. 262



determine las piezas o elementos faltantes para la integración del tipo. Así acontece con el delito imprudente en que el juez deberá determinar el deber de cuidado objetivo exigido en un ámbito situacional determinado y también en la omisión impropia en lo referente a la posición de garantía que permite precisar el círculo de autores posibles de ésta. Pero esto no afecta al principio de legalidad, puesto que el tipo deberá señalar el núcleo básico de lo prohibido.

### **3.2.2.- Estructura del tipo objetivo.**

El tipo puede definirse como la descripción abstracta y general que hace la ley de los elementos tanto objetivos como subjetivos que conforman el comportamiento humano prohibido u ordenado. En otras palabras con el tipo se precisa el conjunto de los elementos que nos permiten saber ante que delito nos encontramos. Para Cury el tipo consiste en “el conjunto de características objetivas y subjetivas que constituyen la materia de la prohibición para cada delito.”<sup>153</sup> Mario Garrido define el tipo como “la descripción hecha por la ley penal del comportamiento humano socialmente relevante y prohibido (acción u omisión), en su fase subjetiva y objetiva.”<sup>154</sup> Puede apreciarse que ambos autores coinciden en la circunstancia de que el tipo se conforma tanto de elementos objetivos como subjetivos (dolo y culpa), recogiendo el aporte

---

<sup>153</sup> Cury, op. cit., pág. 229.

<sup>154</sup> Mario Garrido, Derecho Penal, parte general, tomo 2, pág. 45.

realizado por el finalismo. El estudio del tipo objetivo nos permitirá conocer los elementos objetivos que constituyen la materia de prohibición y que en el caso del delito de omisión impropia presenta una serie de elementos no escritos que deben determinarse por la doctrina y la jurisprudencia como es la posición de garantía.

Como ya se ha dicho, el tipo contiene una serie de elementos que la doctrina llama elementos normativos y descriptivos. El elemento descriptivo es aquel que puede ser entendido sólo con una percepción sensorial. Ejemplo: mujer. No presentan mayores dificultades para su comprensión, pero debe dejarse constancia de que cada día es más difícil que un elemento del tipo sea descriptivo solamente, pues en muchos casos esos elementos, para su comprensión, requieren de una valoración. Ejemplo: para el homicidio, matar a “otro” se requiere saber desde cuándo existe ese “otro” y hasta cuándo.

Los elementos normativos, por otro lado, son aquellos que para su comprensión requieren de un proceso intelectual o valorativo, es decir, se trata de nociones normativas, es decir, el legislador se sirve de “ideas cuya realización en el caso concreto implica efectuar una valoración”<sup>155</sup> y dentro de estos elementos valorativos o normativos del tipo encontramos aquellos de carácter “socio-cultural general” que requieren de una valoración que se realiza relacionándolos con normas culturales ajenas al Derecho, como son la “honestidad”, “valor

---

<sup>155</sup> Cury, op. cit., pág. 269.

artístico”, etc. y aquellos elementos valorativos de carácter jurídico en que la valoración se hace en relación con las normas jurídicas como “cónyuge”, “funcionario público”, etc.

Debe recordarse que el tipo contiene la descripción del hecho voluntario al cual se asocia una pena y estos elementos sirven para determinar el “ámbito situacional en el que se desarrolla el proceso interactivo de vinculación entre sujeto activo y sujeto pasivo.”<sup>156</sup> Lo último tiene especial trascendencia en el delito de omisión impropia por cuanto, como ya se ha señalado, una de las características de la omisión impropia es la de que, por regla general, estos delitos no se encuentran regulados por la ley en forma específica y su construcción y elaboración se realiza acudiendo a los tipos de acción (que permitan su configuración omisiva) y en los cuales la omisión se verifica por la no evitación del resultado lesivo al bien jurídico por el sujeto sobre quien pesa un deber jurídico cualificado de evitación (posición de garantía). Como antes se dijo existen omisiones impropias especialmente reguladas por la ley, en las cuales, por tanto, la determinación del tipo objetivo será menos dificultosa que en los casos en que la omisión impropia se elabora en base a un delito de acción que permite su realización por omisión. (En estos delitos de omisión impropia regulados por la ley se señala claramente cual es el resultado que se debe evitar y quien es el sujeto obligado a actuar, es decir, quien es el garante de ese bien jurídico). Así, es exacto lo señalado por Bustos en cuanto a que los delitos de

---

<sup>156</sup> Bustos, Lecciones de Derecho Penal, pág. 47.

omisión impropia son “aquellos que no están directamente tipificados por el legislador, **si no que son contruidos por el intérprete a partir de tipos de comisión.**”<sup>157</sup> No concuerdo con este autor en cuanto a que todos los delitos de omisión impropia no estén tipificados y que lo que caracteriza a estos delitos, según mi posición, es que implican la producción de un resultado. Entonces, en los casos de omisión impropia no tipificada se trata de injustos que, aun cuando se haga con apoyo legal, son contruidos por el intérprete y no por la ley exclusivamente. La situación típica del delito omisivo impropio consiste, por tanto, en la producción de una lesión o de una puesta en peligro de un bien jurídico, o en otras palabras, consiste en la producción de un resultado típico y que en la mayoría de los casos (omisión impropia no regulada legalmente) se debe reconducir esa lesión a un tipo comisivo que permita la forma omisiva como el homicidio, lesiones o privación de libertad. Así, por ejemplo: el delito de homicidio consiste en matar a otro; la descripción es de carácter comisivo, es decir, se realiza por medio de una acción, pero la doctrina y la jurisprudencia, desde hace mucho tiempo, han entendido que se puede realizar un homicidio por omisión, y es así que por vía interpretativa se concluye que también se puede matar mediante la no evitación del resultado muerte que será producto de un curso causal en el que el sujeto activo (omitente) no ha tenido, probablemente, intervención en lo que se refiere a su origen pero tiene el poder de interrumpir ese curso causal que sin su actuar provocaría la lesión de un bien

---

<sup>157</sup> Bustos, op. cit., pág. 202.

jurídico. Por ejemplo, la madre que tira al río a su hijo recién nacido comete parricidio por comisión, pero en el caso de que no alimente a su hijo comete homicidio por omisión (no comete parricidio por el principio **non bis in ídem** en virtud del cual, una circunstancia no puede ser valorada dos veces para la punibilidad de una conducta y en el caso citado la relación de parentesco ha sido considerada como fuente de la posición de garantía que permite la incriminación por un delito de homicidio por omisión impropia y no puede volver a considerarse para agravar la responsabilidad por un delito de parricidio). El gran problema que se presenta en la omisión impropia no tipificada es el de determinar en qué casos una persona se encuentra en la obligación de evitar un resultado que lesiona un bien jurídico. Es claro que la madre que deja morir de hambre a su hijo recién nacido incurre en un homicidio por omisión punible, pero ¿podría sostenerse lo mismo respecto de un transeúnte que encuentra a ese menor abandonado con riesgo de morir? Éste es el asunto de la posición de garantía y las fuentes de la misma que será analizado en un capítulo posterior.

Puede anticiparse en esta parte que en el delito de omisión impropia no todo sujeto omitente será autor, luego el elemento que no se encuentra escrito en el tipo es el relativo a la determinación del autor y puede concluirse que en el tipo de omisión impropia no tipificada se señalan los elementos que debe tener la conducta (ejemplo: dejar morir a otra persona ) pero no se señalan los requisitos que permitirán determinar los posibles autores, por lo cual se debe proceder a

completar el tipo recurriendo al ordenamiento jurídico positivo para determinar las fuentes de la posición de garante. Para determinar la situación típica debe acudir a un tipo de acción que permita la figura omisiva y, es por eso, que la doctrina ha señalado que los tipos de omisión impropia se generan a partir de una conversión del enunciado de una norma prohibitiva en una norma preceptiva. Pero es claro que esta conversión no se puede hacer libremente por cuanto la norma prohibitiva tiene un menor alcance que una norma imperativa y, así puede concluirse que la norma prohibitiva que dice “no matarás” puede convertirse en “harás todo lo posible para evitar la muerte de otro”. Puede apreciarse que en el homicidio (Artículo 391 del Código Penal) sólo se refiere el legislador a la comisión, pero el artículo 492 del mismo cuerpo legal señala que incurre en un cuasidelito el que “ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia constituiría un crimen o simple delito contra las personas.” Pero los delitos contra las personas se encuentran concebidos como delitos comisivos y, por ende, esta referencia del artículo 492 presupone la posibilidad de construir, sobre esa base, los correspondientes tipos de omisión impropia. No puede entenderse de otra forma, por que si el artículo 492 sanciona a los que incurren en una omisión de un hecho que constituiría un crimen o simple delito contra las personas está reconociendo que en la regulación que se ha realizado respecto de los delitos contra las personas (homicidio, infanticidio, etc.) se incluye la modalidad omisiva, no obstante, la redacción de esos artículos, que pareciera excluir la omisión y solo sancionar su comisión por vía activa. Una interpretación armónica entre los artículos 391 y

492 del Código Penal lleva a la conclusión categórica de que un homicidio puede realizarse por omisión. “Y sin embargo, esto no se dijo en forma expresa al trazar las descripciones de tales delitos; es de suponer, en consecuencia, que la situación es semejante aun para el caso de otros tipos de comisión que, no atentando contra las personas, no sean alcanzados por la disposición del Artículo 492.”<sup>158</sup> Juan Bustos señala que el Código Penal en su artículo 1º se refiere tanto a la acción como a la omisión, lo que a su juicio constituiría una interpretación autentica del vocablo “hecho” utilizado por la Constitución Política de la República (Artículo 19 N° 3 inciso 4º), pero esto, como lo señala este autor, podría ser interpretado en el sentido de que la mención expresa del artículo 1º del código punitivo, así como las del artículo 2º y 10 N° 12 entre otras del mismo código solo se refieren a los casos de omisión especialmente previstos en la parte especial y no a supuestos casos innominados de omisión. Concluye que esta interpretación sería insostenible “si se tiene en cuenta lo preceptuado en el artículo 492 inciso primero del Código Penal, que alude explícitamente a omisiones que constituirían crimen o simple delito contra las personas. Ahora bien, como entre los delitos contra las personas no hay ninguna figura omisiva especialmente descrita, es notorio que el citado artículo 492 se refiere a casos de comisión por omisión (tanto dolosos como culposos), con lo cual estamos nuevamente ante una interpretación auténtica contextual.”<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> Cury, Orientaciones..., pág. 297.

<sup>159</sup> Bustos, Flisfish y Politoff, Omisión de socorro y homicidio por omisión en Revista de ciencias penales año 1966, pág. 171.

De esta forma, la elaboración dogmática de los delitos de omisión impropia en nuestro ordenamiento jurídico se puede realizar recurriendo tanto, a la labor doctrinaria como a un conjunto sistemático de artículos que nos revelan la voluntad de la ley nacional.

Distinta es la situación en el caso del delito de hurto, en que al hablar el tipo legal de “apropiación” parece excluir la omisión, por cuanto en esa descripción legal sólo se extiende a los actos positivos encaminados a sustraer una especie de la esfera de protección de su titular, pero no parece posible extenderla a casos de “no devolución” de una cosa a su titular. No es así en el caso de apropiación indebida en que se habla de distraer, lo que permite la modalidad omisiva.

Por último, se señala que a estos delitos se debe proceder a una última limitación que se deduce de la estructura y sentido de cada tipo comisivo en especial. Se trata de lo que algunos autores llaman la equivalencia estructural y normativa de la omisión al delito de acción, lo que será analizado mas adelante. La opinión predominante es que la mayor parte de los delitos comisivos pueden ser ejecutados también mediante omisión. Se excluyen de antemano las figuras que exigen expresamente una actividad corporal o aquellos que presuponen una manifestación positiva de voluntad, por ejemplo: la bigamia que exige un

---



segundo matrimonio para el cual se requiere hacer una declaración expresa de voluntad.

Bustos y Politoff también limitan la omisión impropia en los casos de parricidio, por cuanto “en este caso se daría una colisión entre los fundamentos de la punibilidad agravada y de los de la situación de garante.”<sup>160</sup>

Tanto la doctrina nacional como la extranjera están acordes en que el tipo objetivo del delito de omisión impropia se conforma por:

**1.- situación típica** o “que se de la situación de hecho de peligro de un bien jurídico que le crea al sujeto la obligación de ejecutar una actividad destinada a evitarlo.”<sup>161</sup>

**2.- que no se realice la acción destinada a evitar el riesgo:** el no actuar implica determinar la persona que debía actuar, es decir, la posición de garantía.

**3.- la capacidad de actuar o de evitar el resultado**

**4.- la producción de un resultado** que la acción omitida pudo haber evitado y su imputación a la omisión.

---

<sup>160</sup> Cury, Orientaciones..., pág. 303; También en Cury, Derecho penal, parte general, pág. 299 citando a Bustos de Omisión de socorro y homicidio por omisión, pág. 163; Bustos, grisolía y Politoff, Derecho penal, pág. 107.

<sup>161</sup> Garrido, Nociones..., pág. 187.

Estos elementos que forman parte del tipo objetivo del delito de omisión impropia serán analizados en los capítulos siguientes.

### **3.2.3.- La situación típica.**

Consiste en que se dé en la realidad la situación de hecho que implica el peligro de lesión de un bien jurídico y que en los delitos de omisión impropia, que como se ha dicho requieren de la producción de un resultado, que menoscabe o lesione un bien jurídico, lo que implica que nace en el sujeto (garante) la obligación de realizar la acción destinada a evitar esa lesión. Se requiere, por tanto, que se den los presupuestos que el tipo circunscribe y cuya concurrencia hace que el ordenamiento jurídico exija una actividad que tienda a alcanzar el fin fijado por la norma penal. En el caso de la madre, la situación típica consiste en que se encuentre en peligro la vida del lactante y en el caso de la muerte de éste será preciso verificar la presencia de los elementos típicos del homicidio (persona viva, hijo de la mujer para determinar la posición de garantía, etc.) (recuérdese que el delito de omisión impropia se construye en base a un delito de acción como es el homicidio) al cual agregándole la posición de garante de la madre y la posibilidad de actuar fundamentará la responsabilidad por homicidio por omisión.

Zaffaroni señala que la situación típica del delito de omisión impropia consiste en “una situación en que la afectación del bien jurídico equivaldría a la de una

estructura típica activa. En este sentido, el tipo objetivo omisivo siempre es un tipo circunstanciado.”<sup>162</sup> Por tanto, concluye este autor, la realización de la acción indicada en el tipo es **debida** sólo en esa situación típica. Señala Zaffaroni que lo que constituye el núcleo o esencia del tipo objetivo es la exteriorización de una conducta distinta de la ordenada. En el tipo omisivo se demanda la existencia de una conducta que no se dirija al fin ordenado (la evitación de la producción de la afectación al bien jurídico).<sup>163</sup> En un caso: la muerte del hijo se produce por inanición por que la madre no lo alimenta, pero para este autor el tipo del delito requiere la existencia de una acción que no se dirija a evitar la muerte, como sería que la madre tejiera. A mi juicio, esto es incorrecto por cuanto la acción que realiza la madre no forma parte del tipo objetivo en estudio. La acción efectivamente realizada permitirá concluir que la madre ha omitido alimentar al hijo, por tanto, se puede concluir que ha omitido, es decir, la acción efectivamente realizada será indicativa de que se ha configurado una omisión. Pero no forma parte del tipo. El tipo se formará por la muerte del niño en ciertas circunstancias (por inanición o por ahogamiento, etc.) sumada la posición de garante y la posibilidad de actuar y el propio tipo señalará el sujeto pasivo. Pero es correcto el pensamiento de Zaffaroni en cuanto que la situación típica se corresponde con que la afectación del bien jurídico equivale a la de una estructura activa, por cuanto en los casos de omisión impropia no regulada se debe recurrir a la situación típica descrita por

---

<sup>162</sup> Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, PG, 2001, pág. 451.

<sup>163</sup> Zaffaroni, Aliaga y otro, op. cit., pág. 574.

el tipo de acción. Así, María Cuadrado Ruiz señala que “en los delitos de comisión por omisión... la descripción típica se encuentra dispersa y ha de completarse con la norma prohibitiva respectiva...”<sup>164</sup> y debe completarse aun más con la referencia a la posición de garante que origina el deber jurídico de actuación, por cuanto los delitos de comisión por omisión propiamente tales sólo en parte se encuentran determinados legalmente. En todo caso será el sentido del tipo legal el que servirá para decidir si es o no admisible la equiparación de la comisión por omisión a la comisión activa (así, Rodríguez Mourullo y María Cuadrado Ruiz). En consecuencia, nos encontramos en los casos de comisión por omisión (omisión impropia no regulada) ante tipos abiertos que deben ser complementados por el juez, el cual deberá recurrir a criterios “legales” para precisar las fuentes de la posición de garante que analizaré en el capítulo siguiente. De la misma opinión es Bustos, para quien estos tipos abiertos deben ser “complementados por el juez con los puntos de apoyo que le da la ley.”<sup>165</sup>

Pero esto, a mi juicio, no es suficiente (remisión al tipo activo) sino que también el “contenido del deber de actuar se determina generalmente de acuerdo con las circunstancias. Lo decisivo es la meta de la protección del objeto de la acción frente a la lesión típica o puesta en peligro.”<sup>166</sup> Las

---

<sup>164</sup> Cuadrado Ruiz, *La comisión por omisión...*, pág. 409.

<sup>165</sup> Bustos, *Lecciones...*, pág. 213.

<sup>166</sup> Jescheck, *op. cit.*, 1993, pág. 559.

circunstancias determinan cual deberá ser la acción a realizar (y que de no realizarse implican omisión) y que permitirían la imputación del resultado a la omisión. Jescheck pone como ejemplo “Cuando un niño se quema con agua hirviendo, del alcance y grado de la quemadura, de la edad y la constitución del niño y del lugar y tiempo del accidente se infiere lo que deba hacerse, o sea, si basta aplicar una pomada contra quemaduras, si hay que llamar a un médico o si es necesario el traslado al hospital.”<sup>167</sup> Es, ante todo, el conjunto de los hechos o situación fáctica, la que ayuda a determinar cual es la acción debida que se exige al garante, o en otras palabras, la situación fáctica permite deducir en cada caso el concreto contenido del deber de actuar. La situación típica establece en distinta medida las circunstancias genéricas en que nace el deber de actuar señalando la meta que debe alcanzarse con la intervención activa (lo que significa señalar el resultado desaprobado por la norma), señalará además el bien jurídico que se debe proteger y, dentro de cierto marco, establecerá expresa o tácitamente la acción ordenada. En el caso del ataque que un hijo realiza a su padre enfermo consistente en retirarle el respirador artificial que lo mantiene con vida y de lo cual se ha percatado otro de los hijos del enfermo que se transforma en garante, para este último la situación típica consistirá en el peligro para la vida creado por la acción homicida de su hermano, de la cual se desprenden además del bien jurídico y el sujeto pasivo, la acción que debe realizar el garante y el resultado a evitar, que consisten en reponer el respirador

---

<sup>167</sup> Ídem.

artificial para evitar el resultado muerte. Puede concluirse, entonces, que la situación típica establece cual es el resultado que debe evitarse y la acción debida será aquella que sea apta para cumplir ese fin, pero la ley no establece en forma específica, ni podría hacerlo, cual es la acción que debe realizarse y eso se debe a la infinidad de acciones posibles que podrían ejecutarse para evitar el resultado.

En la omisión impropia, entonces, nos encontramos con uno de los mayores problemas que ha enfrentado la doctrina penal, por cuanto, gran parte de estos tipos no se encuentra tipificado por la ley penal y su sanción se produce por su equiparación con el tipo de acción, estableciéndose una asimilación entre la abstención de impedir el resultado dañoso y antijurídico con la causación activa del mismo. Esto es reconocido por la doctrina que señala que el delito de acción y el de omisión comparten la misma formulación típica y se les sanciona con las mismas penas, pero se diferencian en cuanto a los posibles autores y a la clase de norma existente. En el delito de omisión impropia no todos los posibles autores (omitentes) serán sancionados sino sólo aquellos que se encuentren en una especial situación que se ha llamado posición de garantía y que se analizará in extenso mas adelante, pero debe retenerse en esta etapa que la posición de garantía es un elemento no escrito del tipo omisivo impropio que tiene la importante función de limitar el círculo de autores.

Respecto a la norma jurídica vulnerada con la omisión impropia se ha señalado que se trataría de una norma prohibitiva (prohíbe un resultado) pero otros autores señalan que se trataría de una norma preceptiva como lo hace Jescheck. En mi opinión se trata de una norma preceptiva, es decir, en el delito de omisión impropia se infringe una norma de mandato, pero esta infracción genera, lo que podemos llamar un injusto de segundo grado, el quebrantamiento de una norma prohibitiva.<sup>168</sup>

En relación a la forma de redacción de los tipos y su admisión de la omisión impropia nos encontramos con diversas situaciones que merecen un estudio:

-en primer lugar, existen una serie de tipos de acción que admiten tanto la realización activa como omisiva, en los cuales no existe ninguna dificultad pues el tipo es ambivalente, es el tipo mismo el que recibe en forma abierta a la omisión; en este caso puede tratarse de una omisión simple o de las que requieren la producción de un resultado como es el tipo descrito por el artículo 233 del Código Penal que sanciona al “empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o **consintiere que otro los substraiga...**” en el cual la frase destacada se refiere a la omisión impropia, por cuanto, el consentir implica la no actuación (omisión) del funcionario público en la custodia de esos valores. Puede apreciarse que el propio tipo hace referencia al garante y al

---

<sup>168</sup> De la misma opinión es Cury en los textos ya señalados anteriormente, especialmente Derecho penal, parte general, tomo 2, pág. 292 a 296.

resultado material que debe producirse (sustracción de los caudales o efectos públicos o particulares), lo que facilita la aplicación e interpretación del tipo legal, limitando la facultad creadora del juez, lo que resulta bastante aconsejable. Lo mismo sucede en los artículos 243 y 244 de ese mismo cuerpo legal -en segundo lugar, nos encontramos con tipos que solo se refieren a la acción pero que nada dicen sobre la posibilidad de comisión por un medio omisivo, que no la excluyen expresamente, por lo cual se pueden construir esos tipos omisivos adicionando los requisitos señalados, por la doctrina, de la posición de garantía como son los tipos penales del homicidio, lesiones, etc.; Según el tenor literal de la mayoría de los preceptos penales de la parte especial del Código Penal que regulan delitos de resultado solo sancionan el actuar y que nada dicen sobre si el omitir constituye un injusto penal, para lo cual se procede a ampliar el campo de extensión del tipo incluyendo a la omisión como forma de comisión del tipo y, así al tipo de acción, constituido por una norma prohibitiva se le “**anexa**” una norma de mandato que ordena una actuación determinada y exigida que permite construir un delito omisivo impropio, pero no debe dejarse de lado la norma prohibitiva por que, a mi juicio, en estos delitos la norma prohibitiva tiene un rol principal que facultará para exigir al sujeto no solo su actuar sino que evite el resultado que lesione el bien jurídico tutelado. Nada impide que ciertos tipos de acción puedan configurarse mediante una inactividad como puede ser un homicidio por medio de la privación de alimentos a la víctima (Art. 391 del Código Penal) o una estafa por medio del silencio de ciertos datos (Art. 468) o bien la falsificación ideológica de un



instrumento omitiendo la narración de un hecho sustancial (Art. 193 N° 4) e incluso un falso testimonio mediante el silenciamiento de alguna circunstancia que altera la verdad (Art. 206 y siguientes) como lo sostiene Cousiño Mac Iver,<sup>169</sup> aunque de una opinión diversa es Politoff para quien la estructura típica del falso testimonio no permite su comisión por omisión por cuanto se requiere “**dar un falso testimonio**” y no basta con negarse a declarar o sostener no conocer los hechos sobre los cuales se interroga al testigo.<sup>170</sup> Algunos autores estiman que puede cometerse infanticidio por omisión como Politoff y Matus para quienes “en tanto subsista el privilegio de esta figura, sí puede aceptarse la idea de un **infanticidio por omisión**, a pesar de las “dudas sistemáticas” si con ello se impide aplicar la pena del homicidio calificado (por ensañamiento o premio o promesa, por ejemplo), pues el principio **non bis in ídem** se plantea como garantía en favor del imputado y no **a outrance**”,<sup>171</sup> fundamentación que no me parece convincente, por que a mi juicio recurrir al principio del non bis in ídem se refiere a no sancionar dos veces una conducta pero no debe servir como criterio para determinar ante que delito nos encontramos (concurso aparente de leyes penales) y considero que la situación que se presenta en este caso se puede solucionar incriminando por homicidio simple y descartar la posibilidad del homicidio calificado (en la mayoría de los casos) acudiendo a una correcta interpretación de las circunstancias calificantes del homicidio

---

<sup>169</sup> Cousiño, op. cit., pág. 548 y siguientes.

<sup>170</sup> Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial, pág. 517.

<sup>171</sup> Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial, 2004, pág. 76 y 77. Destacado en el original.

calificado, de esta forma el parentesco fundamenta la punibilidad del delito de homicidio por omisión como posición de garante y debe descartarse como elemento que permita la incriminación por infanticidio. Respecto de las lesiones la doctrina y jurisprudencia estiman que se puede cometer las lesiones del artículo 399 (menos graves) por omisión, por cuanto la ley no limita los modos de comisión de esta figura y, por otro lado, cuando regula las lesiones graves en el artículo 397 habla de “El que hiriere, golpeare o maltratare **de obra** a otro...” redacción que parece excluir la posibilidad de concebir su realización por vía omisiva, por cuanto, los verbos utilizados solo hacen referencia a conductas positivas, lo que se refuerza con la expresión “**de obra**” que exigiría una actuación positiva para causar las lesiones; lo mismo puede señalarse de la castración y las mutilaciones, en que se requiere una actuación positiva para cometer esos delitos. En estas figuras el verbo rector **castrar** (Art. 395) y **mutilar** (Art. 396) respectivamente solo pueden aplicarse a conductas positivas y que hacen referencia a cortar o cercenar una parte del cuerpo por una vía activa. El secuestro también puede cometerse por omisión impropia y así se señala por la doctrina que comete secuestro por omisión el criado que encierra a su patrón durante la noche porque padece de sonambulismo y al día siguiente no lo libera.

-otros tipos solo contemplan la modalidad activa ya sea que expresamente excluyan la omisión o que por los términos en que son redactados solo se pueden concebir como tipos de acción, así por ejemplo la castración, la

violación; la injuria en la cual el propio tipo legal exige una acción que implique una actuación positiva al señalar que constituye injuria toda expresión **proferida** o acción **ejecutada** en deshonra, descrédito o menoscabo de otra persona (Art. 416 del código penal), lo cual significa la exclusión de la omisión como forma de comisión de este delito.

-por último existen tipos legales que solo contemplan la posibilidad omisiva como son la omisión de socorro (Art. 494 N° 14), el delito del artículo 224 N° 3, 4 y 5, artículo 448 y 134, etc.<sup>172</sup>

Por último, es conveniente señalar que en los delitos impropios omisivos no regulados por la ley los vacíos presentes en su regulación no pueden ser atribuidos a deficiencia legislativa sino a la naturaleza de las cosas, pues no es posible en principio circunscribir concreta y exhaustivamente en tipos penales la inmensa variedad de posibles autores de omisión.

Respecto a la posibilidad de construir tipos de omisión considero correcta la conclusión de Silva Sánchez que propone necesario salvaguardar el modelo clásico de imputación penal y con ello todos los principios sustantivos y procesales para los delitos considerados "núcleos" o "duros" que tienen asignada una pena privativa de libertad, donde precisamente la omisión

---

<sup>172</sup> Para complementar este listado consúltese Cury, op. cit., Pág. 294 y Cousiño Mac Iver, op. cit., pág. 546 y ss.

impropia se muestra en una situación "cómoda" para cumplir su misión imputativa: sujeto activo portador de deberes de garantía exclusivamente personales en función a bienes jurídicos nucleares: principalmente la vida, la libertad en todas sus facetas, y el patrimonio.<sup>173</sup>

#### **3.2.4. – Fuentes del deber de actuar o posición de garantía.**

La doctrina mayoritaria entiende que la posición de garantía es un elemento no escrito del tipo objetivo de los delitos de omisión impropia, lo cual ha dado origen a un intenso debate para determinar los supuestos en los que una persona se encuentra en la obligación de evitar un resultado lesivo para un determinado bien jurídico. A continuación se analiza la visión tradicional del tema y luego la moderna doctrina de las fuentes de la posición de garantía (teoría de las funciones).

No debe olvidarse que la posición de garante es necesaria para que la no evitación de un resultado lesivo pueda ser equiparado con la causación activa del mismo y así castigarse con arreglo al precepto que sanciona su producción (por ejemplo el artículo 391 N° 2 del Código Penal sanciona el homicidio simple y sólo podrá aplicarse al sujeto que deja morir a otro, si se encontraba

---

<sup>173</sup> Silva Sánchez, La expansión del Derecho penal...op. cit., pág. 75.

respecto del mismo en posición de garante –así, el clásico caso de la madre que deja de alimentar a su hijo que está bajo su cuidado personal y que finalmente muere por desnutrición- pero no si el que omitió era un vecino que no se encontraría normalmente obligado a evitar el resultado muerte del menor. Es decir, no todo aquel que omite evitar la producción de un resultado lesivo, puede ser castigado como si lo hubiera causado por una acción, sino solo determinadas personas que se hallan respecto del bien jurídico afectado en una específica posición de garante. Quién no se encuentra en dicha posición quedaría impune, salvo que su omitir se pueda circunscribir dentro de la descripción legal de la omisión de socorro y ante lo cual se puede concluir que, en el caso propuesto, es posible que concurra la responsabilidad de la madre (homicidio por omisión) y la del vecino (omisión de socorro), con la gran diferencia de que la pena en el primer caso oscila desde presidio mayor en su grado mínimo a medio ( 5 años 1 día a 15 años) y en el segundo es de multa de 1 a 4 UTM. En este caso, se puede apreciar la importancia del tema en estudio por las penas a que se arriesgan los sujetos omitentes en cada caso y los requisitos que deben concurrir para que surja la responsabilidad penal.

Es preciso señalar, antes de proceder al estudio de las fuentes de la posición de garantía, que se ha discutido ampliamente por la doctrina, si estos deberes de evitar un resultado deben ser exclusivamente jurídicos o si se puede considerar a los deberes morales, religiosos o éticos (es decir, extrajurídicos) como base de estas posiciones de garantía. Sin intentar dar una respuesta definitiva en este

tema, me parece necesario consignar la opinión de Hans Welzel, el cual señala que el punto de partida de los deberes jurídicos formulados por la ley es bastante restringido y no permite dar respuesta a muchos casos de la vida práctica, ante lo cual concluye que debe exigirse la consolidación jurídica del deber de garante, esto es, “la responsabilidad del garante, aunque no se lea directamente en la ley, tiene que poder ser confirmada por la ley.”<sup>174</sup> Por tanto, lo importante será que la posición de garantía encuentre su respaldo y fundamento en la ley, aunque esta no la consigne expresamente.

#### **A.- Fuentes tradicionales de la posición de garante.**

El estudio de las fuentes tradicionales, nos lleva directamente al análisis de lo que se dio por llamar la "**teoría formal del deber jurídico**", que para decidir la existencia de la posición de garante atendía a sus fuentes formales y que señalaba como fuentes del deber de obrar, a la **ley**, el **contrato** y el **actuar precedente**<sup>175</sup> y también se señala la **comunidad de peligro**.<sup>176</sup> Procederé, por tanto, al análisis individual de cada uno de ellos.

##### **A. 1. - La ley:**<sup>177</sup>

---

<sup>174</sup> Welzel, op. cit., pág. 293.

<sup>175</sup> De la misma opinión es Eugenio Zaffaroni en su obra "Manual de Derecho Penal", Parte General, pág. 455.

<sup>176</sup> Mario Garrido Montt, op. cit. Pág. 188; Etcheberry "Derecho penal" parte general, pág.144.

<sup>177</sup> Generalmente se entendió que el concepto de ley para estos efectos era uno en sentido amplio: ley, decreto, reglamento, sobre todo para la imprudencia.

Desde los comienzos de la dogmática de los delitos de omisión impropios se ha señalado a la ley como fuente de la posición de garante, particularmente la no penal. Es así que, desde el campo del derecho civil surgen deberes de evitación, por ejemplo, el deber del padre de velar por la integridad de los bienes jurídicos de su hijo (no de todos pero es indiscutible que debe velar por su vida e integridad corporal e incluso se sostiene que debe velar por la integridad de su patrimonio). Por consiguiente: Los padres que no dan de comer al hijo menor permitiendo que muera de inanición incurren en un delito contra la vida por omisión. También podemos señalar que este deber de evitación se presenta entre los cónyuges en virtud de la ley, por cuanto en la definición que otorga el Código Civil de matrimonio se incluye el deber de "auxiliarse mutuamente" por lo cual los cónyuges, entre sí, son garantes recíprocamente y deben, por tanto, evitar activamente un resultado lesivo en los bienes jurídicos del otro (esto resulta claro respecto de la vida e integridad física y un poco más dudoso respecto de otros bienes jurídicos).

#### **A. 2. - El contrato:**

Es claro que un contrato es fuente de obligaciones de carácter privado, pero no todo contrato da origen a deberes jurídicos de carácter penal, o dicho de otra forma, no todo contrato da origen a una posición de garante. Por ejemplo, de la celebración de un contrato de compraventa no surge para el deudor un deber de

velar por la vida de su acreedor y sí, en caso de incumplimiento del deudor de su obligación de pagar el precio de la compraventa, se genera la insolvencia del acreedor, por lo cual este último se suicida, parece claro que no puede hacerse responsable penalmente al deudor moroso de esa muerte por omisión impropia. Se puede concluir que sólo los contratos que impongan una **dependencia directa** entre las partes pueden dar origen a una posición de garante o, dicho en otra forma, solo aquellos contratos en que, por su naturaleza, impongan a una de las partes el deber, generalmente exclusivo, de protección de un bien jurídico y que por otro lado, “**colocan**” a la otra en un estado de dependencia de la actuación de la contraparte, ya sea para la protección de esta misma parte o de terceros, como sucede por ejemplo, en el contrato en el cual la enfermera se compromete a cuidar a una persona gravemente enferma que depende en gran medida de la actuación de ella en protección de su integridad física o del contrato en que los padres encomiendan el cuidado de su hijo (que civilmente es un tercero en el contrato) a una niñera. Pero se suscita el problema de ¿Qué sucede si ese contrato es nulo civilmente? o ¿expira su duración? Para graficar esta situación es necesario plantear un ejemplo: un matrimonio contrata a una niñera para cuidar a su hijo pequeño el día sábado por la noche desde las 21:00 horas hasta las 24:00 horas, por cuanto los padres asistirán a una velada en el teatro, pero al regresar se demoran por un accidente en el camino. ¿Esta circunstancia (demora de los padres) habilita a la niñera para irse dejando al menor solo? ¿No será responsable la niñera de la muerte del infante acaecida posteriormente? o ¿qué sucede si ese contrato fue celebrado por un incapaz



civilmente? Creo que es indudable y, así lo entendió la doctrina, que la niñera no se exime de responsabilidad por el hecho de que los padres se han demorado en volver a la casa. En virtud de estos antecedentes la moderna doctrina prefiere hablar de una sustitución de la posición de garante derivada de un contrato por el criterio de la “asunción fáctica” de que se va a velar por un determinado bien jurídico, así lo señala Reus / Vogel “Entretanto se considera unánimemente superada una posición de garante sobre la base sólo de una asunción contractual, ya que una dependencia de los presupuestos contractuales civiles conduce a “consecuencias insoportables” y a resultados absurdos: una posición de garante, por tanto, es independiente de presupuestos contractuales. Todo depende, más bien, de la asunción fáctica de la posición de garante.”<sup>178</sup> De esta forma, se salvan los problemas que veíamos en el caso de la niñera extendiendo la posición de garante a casos en los que no se ha creado obligación alguna (caso de contrato nulo civilmente) y también la extensión temporal de la posición de garante aún después de la extinción temporal del contrato (caso de los padres que no regresan antes de las 24:00 horas), por lo cual, la niñera seguiría siendo garante hasta que los padres lleguen del espectáculo y si abandona al niño respondería - como si lo hubiera causado- por los eventuales daños en su vida o en su salud. Bajo esta misma óptica la niñera que se retrasa en llegar a la casa para cuidar al menor no asume aún una posición de garantía respecto de éste y el deber de cuidado permanece en los padres que no podrán

---

<sup>178</sup> Citado por Enrique Gimbernat Ordeig en “La omisión impropia en la dogmática penal alemana” en ADPCP, tomo L, enero-diciembre 1997, pág. 31.

dejar al menor sólo, como bien lo señal Eb. Schmidt “Si por ejemplo, alguien contrata sus servicios como cuidadora para encargarse de un niño en ausencia de sus padres, pero no inicia sus funciones y, no obstante, los padres salen de viaje pensando que la cuidadora vendrá y se hará cargo del cuidado personal, en ese caso no ha sido la cuidadora, sino los padres los que han lesionado su deber de garante”,<sup>179</sup> por lo cual este criterio de asunción fáctica juega un rol restrictivo del ámbito de la posición de garantía, negándose su presencia en supuestos en los que civilmente es innegable que existe una obligación contractual.

Puede apreciarse que la doctrina ha ido paulatinamente abandonando el criterio de que la existencia de un vínculo contractual fundamenta un deber de garante para estimar que lo esencial sería una asunción fáctica de un deber de cuidado. Welzel señala “... ha de tenerse en cuenta que el deber de garante no es idéntico con un deber contractual vigente. Más bien, es decisivo el asumir fáctico de la posición de deber correspondiente al contrato.”<sup>180</sup>

Novoa Monreal señala que la doctrina “advirtió que no era indispensable un acto jurídico formal y que tampoco podía admitirse que defectos legales de éste pudieran afectar su validez o su vigencia, excluyendo la garantía...”<sup>181</sup> y que lo

---

<sup>179</sup> De la misma opinión Schünemann, Gallas, Maiwald y Eb Schmidt citados por Gimbernat, La omisión impropia en la dogmática penal alemana, pág. 23 y ss.

<sup>180</sup> Welzel, op. cit., pág. 295.

<sup>181</sup> Novoa Monreal, op. cit., pág. 143.

que se requiere para dar origen a la posición de garante es una aceptación voluntaria de custodia y si los afectados podían confiar en que esa custodia se estaba otorgando.

### **A. 3. - El actuar precedente:**

También llamado hacer precedente o principio de la ingerencia que consiste en que una persona, que por medio de un hacer precedente (ingerente) crea un peligro de lesión de un bien jurídico, responderá de esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha por aquel hacer precedente. Así podemos estimar que responde de un homicidio doloso quién, sin querer, empuja al agua a otra persona (hacer precedente) y luego no la rescata de perecer ahogada.

Puede apreciarse a simple vista que el concepto que se otorga de este deber de actuar es demasiado amplio para lo cual se ha establecido una serie de limitaciones por la doctrina.

Como primera limitación se establece que la posición de garante sólo puede provenir de un hacer precedente peligroso y eficaz en sí para la producción del

---

resultado, de otra forma las acciones de una persona completamente alejadas del resultado la harían responder de éste, por ejemplo, el minero que extrajo el hierro respondería de un delito contra la vida en omisión impropia, si luego, pudiendo hacerlo, no evitaba el asesinato ejecutado con una navaja fabricada con aquel mineral. (Esta situación se asemeja al problema del **regressum in infinitum** de la teoría de la causalidad de la equivalencia de las condiciones). Bastaría el realizar una sola acción (hacer precedente) para que cualquier resultado lejano en el tiempo vinculado de alguna manera en sucesión causal a este actuar generara responsabilidad por ese resultado, en caso de omitirse la acción que evite el resultado, lo cual resulta inaceptable desde cualquier punto de vista, por cuanto, todo el mundo respondería de todo o a lo menos todo el mundo sería garante de la no evitación de una infinidad de resultados lesivos para bienes jurídicos ajenos. De la misma opinión es Rudolphi que señala “Si realmente se tomase en serio la tesis de que una acción precedente no peligrosa en sí desencadena un deber de garante, siempre que en su posterior desarrollo causal lleve alguna vez a un peligro para un bien jurídico, ello conduciría a una vinculación obligatoria insoportable para cualquier ciudadano. Para liberarse del castigo por un delito imprudente de omisión tendría que vigilar y dirigir continuamente el ulterior curso de todas sus acciones-pues todas ellas pueden llevar alguna vez, en el lejano futuro, al peligro de un bien jurídico protegido contra menoscabos culposos-. Si uno se representa de que múltiples, de que miles de maneras ello tendría que ocurrir, resulta claramente que el individuo se convertiría en un esclavo de sí mismo. Día a día tendría suficiente que hacer

con controlar el ulterior desarrollo de procesos causales desencadenados alguna vez por él y, en su caso, con evitar los peligros para terceros provenientes de aquellos.”<sup>182</sup> Es decir, el hacer previo tiene que haber ocasionado el peligro **próximo** (adecuado) de la producción del daño, o en otras palabras se requiere la idoneidad del comportamiento anterior para producir el peligro y el deber, que de ahí se deriva, en el sentido de conjurarlo. Pero esta limitación no logra evitar una desproporcionada extensión de la responsabilidad del garante por el resultado, por lo cual se agregan una serie de otras limitaciones o requisitos al hacer precedente peligroso para que pueda considerarse creador de una posición de garante y, por lo tanto, servir de fundamento a un delito de omisión impropio, lo cual lleva a la doctrina a un análisis pormenorizado de las diferentes situaciones en que puede presentarse un hacer precedente lo cual no hace sino complicar aún más el tema en estudio, como se verá a continuación.

### **A. 3. a) ¿Constituye hacer precedente una acción típica, pero justificada?**

El ejemplo clásico que se señala es el de una persona que actuando en legítima defensa hiere a otra (acción precedente), pero posteriormente y una vez desaparecida la agresión, permite que el herido muera, a consecuencia de esas heridas. Las soluciones propuestas son contrapuestas y complican cada vez más el tema en estudio. La primera tesis sustentada por Arthur Kaufmann, Maurach,

---

<sup>182</sup> Citado por Enrique Gimbernat, op. cit., pág. 21 en nota al pie de página.

Herzberg entre otros, estima que el sujeto que deja morir a quién previamente se ha lesionado en forma justificada respondería por un delito contra la vida cometido por omisión (impropia) para lo cual se debe remitir al tipo legal de homicidio para el quantum de la pena y, por tanto, estiman que aunque el hacer precedente creador del peligro fuere conforme a Derecho fundamenta un deber de garante de evitación del resultado. “Es necesaria y suficiente **una acción precedente de cualquier naturaleza**, creadora o elevadora del peligro. Su calificación jurídica no interesa. Resulta irrelevante el que la acción precedente se haya cometido conforme o contrariamente a derecho, con o sin culpa, y el que represente o no un hecho punible. También simples actos de cortesía, como el acompañar a un anciano al cruzar la calle, pueden producir efecto fundamentador de la garantía.”<sup>183</sup>

Otra tesis sostiene que en el caso señalado anteriormente sólo se comete una omisión (propia) del deber de socorro. Así Welzel, que señala “El agredido que derriba al agresor en defensa legítima, no es garante de impedir consecuencias posteriores de la lesión. Pues autor del actuar precedente no es el agredido, sino el agresor mismo, que ha colocado al agredido en una situación en que carece de libertad, por la cual éste lo lesionó.”<sup>184</sup> De la misma opinión es la moderna jurisprudencia del BGH pero recurriendo al argumento de que el atacado no debe responder en forma más grave que un tercero no afectado por el ataque y

---

<sup>183</sup> R. Maurach, op. cit., pág. 289. Destacado en el original.

<sup>184</sup> Welzel, op. cit., pág. 296.

para quién el agresor es sólo y realmente un “miembro desamparado de la comunidad”<sup>185</sup> que sólo responderá de una omisión del deber de socorro.

Por último, algunos autores estiman que la solución antes reseñada es correcta, a no ser que entre agresor y agredido (defensor) exista un “contacto social” (Henkel) que fundamentaría un deber de actuación como podría ser que el lesionado se encuentre en la esfera de dominio del atacado (defensor) como puede ser su vivienda. Pero en este caso creo que nos referimos a otra fuente de la posición de garantía como puede ser lo que se ha dado en llamar la responsabilidad respecto a determinadas fuentes de peligro que se analizará con detalle cuando se exponga el moderno criterio de las fuentes de garantía.

### **A.3.b) Situación de un hacer precedente no antijurídico.**

Generalmente la doctrina señala como ejemplo de este caso el de una persona que cierra la puerta de una habitación, sin saber ni poder prever que una persona se encuentra dentro de la habitación, estimando que existe una detención ilegal en omisión impropia desde el momento en que la persona que encerró a la otra adquiere el conocimiento de que una persona ha quedado encerrada y no abre la puerta. Como puede apreciarse el hacer precedente no es

---

<sup>185</sup> Pfleiderer citado por Gimbernat op. cit., pág. 22.

antijurídico, por cuanto en el momento de verificarse no hay dolo ni imprudencia en el agente, pero la doctrina estima que ese actuar anterior es suficiente para generar una posición de garante fundamentada de una omisión impropia. De la misma opinión es Eb. Schmidt que señala “Pero no sería correcto negar el deber de garante en todos los casos en los que el **hacer** precedente es conforme a Derecho. En el caso de la legítima defensa, ello es correcto; pero en muchas acciones peligrosas y conformes a Derecho (por ejemplo, participación en el tráfico rodado y, en general, todas las conductas **peligrosas** permitidas) es necesario reconocer un deber de garante.”<sup>186</sup> Por tanto, podemos concluir que para que una acción precedente sea fuente de garante no es necesario que sea antijurídica adhiriendo así a Maurach quien con el ejemplo que cita de la persona que ayuda a un anciano a cruzar la calle nos permite poner un ejemplo que apoya la tesis que defiende: Si yo ayudo a un anciano a cruzar la calle, pero antes de llegar al otro extremo de ella lo abandono a su suerte deberé responder por los resultados lesivos a su vida, por ejemplo, si esa persona es atropellada, lo mismo si comienzo una ayuda del mismo tipo a un ciego y lo dejo en la mitad de la calle frente a un hoyo del camino. Señala Maurach que “es necesaria y suficiente una **acción precedente de cualquier naturaleza**, creadora o elevadora del peligro. Su calificación jurídica no interesa.”<sup>187</sup> Esta posición resulta mucho más justificable según la moderna doctrina de la posición de garante, por cuanto, en ambos casos lo que

---

<sup>186</sup> Eb Schmidt citado por Gimbernat, op. cit., pág. 23 en nota al pie de página.

<sup>187</sup> R. Maurach, op. cit., pág. 289.



realmente se presenta es una situación de dependencia de una persona (por tanto, de sus bienes jurídicos) a la protección que otra le brinda, lo que podrá englobarse en un caso de asunción fáctica o, en lo que se ha dado en llamar, deber de protección de bienes jurídicos o de control de una fuente de peligros.

**A.3.c) Una tercera posibilidad** estudiada por la doctrina para delimitar y precisar los límites del hacer precedente, como fundamentador de una posición de garante, es el caso del conductor que atropella sin dolo a otra persona y se da a la fuga. En este caso, se sostiene que sólo el atropello imprudente sirve de base a una posición de garante por ingerencia, por lo cual en este caso se respondería por un delito doloso de omisión (impropia) contra la vida, si el accidentado fallece y el conductor, pudiendo haberlo evitado, permite que acaezca la muerte del accidentado. De la misma opinión es Schüneman “En la práctica (jurisprudencial alemana) la posición de garante por ingerencia sólo tiene la función de hacer posible la punición por un hecho omisivo doloso subsiguiente a una acción previa imprudente.”<sup>188</sup> Otros autores como Maurach<sup>189</sup> sostienen que, tanto el atropello fortuito como el imprudente, constituyen un hacer precedente que permiten dar origen a un deber de garante.

---

<sup>188</sup> Citado por Gimbernat, en “La omisión impropia...”, pág. 27.

<sup>189</sup> Ídem, pág. 22.

Por último, Welzel y Armin Kaufmann<sup>190</sup> sostienen que ni el atropello fortuito ni el imprudente son aptos para fundamentar una posición de garante.

La Corte Suprema, en una sentencia de 4 de agosto de 1998, reconoce a la ingerencia como fuente de la posición de garante en un delito de homicidio por omisión impropia. El caso consiste en que el día 8 de enero de 1990 el condenado C.C. disparó su escopeta en contra de R.V.Z. para evitar que éste matara a su hijo, al que estaba encañonando con una pistola, creyendo el primero de ellos que obraba en legítima defensa. La Corte estimó que no existía tal legítima defensa, por cuanto, no se cumplía el requisito de la existencia de una agresión real por cuanto el arma del occiso se encontraba asegurada. Además la Corte señala que su acción de matar sería impune por cuanto se trataría de un caso de **error de prohibición inevitable**, lo que excluye la culpabilidad del sujeto ya que C.C. disparó sobre el occiso creyendo erróneamente que se hallaba amparado por la justificante de legítima defensa del artículo 10 N° 5 del Código Penal, por cuanto en el fragor de la disputa no podía detenerse para verificar si el arma del occiso se encontraba o no en condiciones de ser efectivamente disparada. A continuación la Corte se refiere a los hechos posteriores al disparo, que no causó la muerte inmediata de R.V.Z., señalando que el procesado no prestó ningún auxilio al herido ni procuró que terceros se lo prestaran. Sobre la base de este hecho acreditado en autos se

---

<sup>190</sup> Ídem, pág. 25.

realiza por la Excelentísima Corte Suprema un análisis de los delitos de omisión impropia y de la ingerencia, en especial, concluyendo lo siguiente: Que "existe un amplio acuerdo en que los delitos comisivos -vale decir, aquellos cuyo tipo los describe como una actividad- usualmente pueden cometerse también mediante una omisión. Ello es tanto más así, cuanto que el artículo 1° inciso 1° del Código Penal deja establecido expresamente que los delitos pueden consistir tanto en una **acción** como en una **omisión**." (considerando 13°). Pero para que el homicidio de una persona pueda ser cometido por omisión es necesario "que el autor se encuentre en "posición de garante" respecto al bien jurídico que está amenazado por la situación (en éste caso la vida de la víctima); es decir, es necesario que él se encuentre situado en una postura que lo constituya en custodio de dicho bien jurídico, por estar en alguna de las constelaciones de casos que la doctrina ha ido consagrando como **fuentes de la posición de garante**." (considerando 14). Concluye la Corte que C.C. se encontraba en posición de garante de la vida de R.V.Z., por cuanto, con su conducta anterior (disparo del procesado) creó el riesgo que amenazó la vida de este último y que derivó en la muerte de éste. "Que, en efecto, la opinión absolutamente predominante en el derecho comparado contemporáneo estima que una de las fuentes de la posición de garante es, precisamente, la conducta anterior del autor creadora del peligro, el cual, en razón de ella, queda erigido en custodio de ese bien, surgiendo en consecuencia para él el deber de actuar a fin de sustraerlo a los riesgos así generados, de suerte que, si no lo hace, el resultado típico le es imputable a título de comisión por omisión." (considerando 15°).

Por último, señala que el procesado luego de efectuar los disparos sobre R.V.Z. "estuvo obligado a actuar para evitar la muerte de éste, dando pronto aviso a quienes podían prestarle socorro o procurarse el rápido auxilio de quienes pudieran hacerlo...lo que habría probablemente evitado la muerte de la víctima". No libera de responsabilidad al autor del disparo el hecho que se señaló anteriormente de que su conducta estuviera exculpada por la ausencia invencible de conciencia de la ilicitud (error de prohibición). Así la Corte adhiere a los autores que señalan que un hacer precedente puede servir de fundamento a una posición de garante y, por tanto, dar origen a un delito de omisión impropia, aun cuando ese actuar previo fuese inculpable pero voluntario.

Por último, es necesario señalar que algunos autores han sostenido que el hacer precedente no puede convertir al ingerente en garante, por tanto no sería autor de un delito de omisión impropia sino solamente de uno propio (generalmente de una omisión de socorro). De esta opinión son Schunemann, Brammsen, Bustos, Politoff entre otros.<sup>191</sup>

El primero de ellos señala que el ingerente, después de ejecutar la acción precedente, por ejemplo un atropello fortuito, se "**encuentra**" frente a los posteriores resultados derivados de su acción previa de igual forma que

---

<sup>191</sup> Bustos, manual de derecho penal, pág. 247; Mir Puig, Derecho penal, parte general, pág. 314 citando a Schünemann; Gimbernat, La omisión impropia en la dogmática penal alemana, pág. 27 cita a Brammsen en nota al pie de página N° 59.

cualquier otra persona "por lo que las sucesivas etapas del proceso causal se le pueden imputar a su esfera de dominio sólo sobre la base del acto desencadenante."<sup>192</sup> Pero el convertir el actuar del ingerente en doloso implicaría un dolo sin dominio y, por consiguiente, una mala voluntad sin hecho. Para este autor un dominio requiere un sustrato material sobre el que se actúa y este no lo puede constituir el mero proceso causal, si no se quiere incurrir en el error de equiparar el dominio (actual) con la posibilidad de evitación (potencial). Concluyendo dicho autor que la responsabilidad por ingerencia no sería otra cosa que una aplicación del "principio del **versari in re illicita** reducido al **dolus subsequens**"<sup>193</sup> es decir, "se imputan las consecuencias de la acción no en virtud de la culpabilidad por el hecho, sino en virtud de una actitud subjetiva del autor existente en un momento posterior... la mala voluntad pasiva se equipara a la acción injusta activa."<sup>194</sup> Roxin y otros autores critican esta posición de garante en cuanto a que vulneraría el principio del nullum crimen, lo que a mi juicio carece de la fuerza necesaria, por cuanto todo el tema del delito de omisión impropia está en los márgenes de ese principio, pero a mi juicio no lo violentan, lo que se analizará en profundidad mas adelante.

---

<sup>192</sup> Schönemann, citado por Gimbernat, La omisión impropia en la dogmática penal alemana, pág. 26 y 27.

<sup>193</sup> Ídem, pág. 27. Destacado en el original.

<sup>194</sup> Ídem, pág. 28.

En Chile, Juan Bustos<sup>195</sup> ha señalado que el hacer precedente no puede justificar una posición de garante recurriendo al texto de la ley que, según dicho autor, lo excluiría de tal carácter. Señala que el artículo 11 N° 7 del Código Penal concede una atenuante a quién procura con celo reparar el mal causado o **impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias**. Esta última frase le permite concluir que el actuar para evitar el mal futuro constituye una atenuante y, por tanto, no puede ser considerada a la vez como un elemento generador de responsabilidad penal. Pero la posición del profesor Bustos adolece de una confusión de situaciones, por cuanto el artículo 11 N° 7 otorga una atenuante al que obra para evitar consecuencias posteriores a su actuar doloso, que por sí solo constituye un delito autónomo y, por tanto, se trata de aminorar una responsabilidad que ya ha surgido y que es, por eso, irrevocable pero susceptible de atenuarse. En el caso de la omisión impropia, se trata de determinar si se puede imponer al sujeto, que con su actuar previo ha generado un riesgo para un bien jurídico que puede convertirse en un hecho típico, la obligación de evitar que ese riesgo se transforme en un resultado lesivo para ese bien jurídico. Se trata, por tanto, de determinar si ese actuar previo puede servir de base a la imposición de un deber de actuar en evitación del resultado lesivo, es decir, para evitar el nacimiento de una responsabilidad cuya aparición todavía puede impedirse.

---

<sup>195</sup> Bustos, Omisión de socorro..., pág. 165.

### **A. 3. d) Nuevas limitaciones.**

Por ultimo, quisiera referirme a la posición sustentada por Klaus Roxin respecto a la ingerencia y especialmente a las limitaciones que impone a ésta para fundamentar una posición de garante. En primer lugar, concuerda con la dogmática mas reciente en cuanto a la imperiosa necesidad de restringir la posición de garante por ingerencia para la cual no solo “puede bastar la mera causalidad del comportamiento precedente.”<sup>196</sup> (La causalidad del comportamiento precedente era originariamente la razón para conformar esta posición de garante.) (La ingerencia procede del naturalismo jurídico de la segunda mitad del siglo 19 que de acuerdo con el modelo de las ciencias naturales, quería reducir la ciencia del derecho a regularidades conforme a leyes causales, y que veía en la causalidad del comportamiento precedente un punto de partida idóneo para la omisión).<sup>197</sup> Su criterio se centra en que el requisito indispensable para la fundamentación de una posición de garante “es la posibilidad de imputación objetiva del comportamiento precedente causante del peligro. Pues solo aquel a quien se puede imputar conforme a parámetros jurídicos el peligro creado tiene la responsabilidad de ello, y, llegado el caso, debe prevenir la transformación de la puesta en peligro en una lesión diferente o

---

<sup>196</sup> Roxin, “Injerencia e imputación objetiva” en “Nuevas formulaciones en las ciencias penales”, libro homenaje a Klaus Roxin, 2001, pág. 144.

<sup>197</sup> Ídem, pág. 142.

en otra mas grave.”<sup>198</sup> En base a este criterio extrae 7 consecuencias que se explican a continuación:

**1.- No hay posición de garante si el hacer precedente no ha originado un riesgo jurídicamente relevante para la víctima.** No debe olvidarse que el criterio de la creación o aumento del riesgo es esencial para la teoría de la imputación objetiva, por lo cual si yo solicito a un amigo que no ingrese al cine a la función de las 17:00 horas y que me acompañe para ingresar a la función de las 19:00 horas, y durante la espera mi amigo es víctima de un atropello, no puede sostenerse que soy garante por un hacer precedente de que ese atropello no derive en la muerte de mi amigo, por cuanto, el riesgo propio del tránsito hubiera sido el mismo si hubiese entrado a la función de las 5:00 y es atropellado al salir de esa función. Si bien, es cierto que mi actuar ha sido condición sine qua non del atropello no se me puede imputar ese resultado ya que no he creado o aumentado un riesgo para el bien jurídico. El riesgo del tránsito es el mismo antes o después de la hora de mi petición.

**2.- No hay posición de garante si el hacer precedente se ha mantenido dentro del ámbito del riesgo permitido.** Para la imputación objetiva es necesario que el riesgo creado sea de aquellos no permitidos por el ordenamiento jurídico. Es lógico que el Derecho no puede prohibir la creación

---

<sup>198</sup> Ídem, pág. 142.



de riesgos en general, por cuanto, la sociedad moderna ha aumentado considerablemente los peligros inherentes a las actividades sociales y su prohibición total desembocaría en la imposibilidad de desarrollo de las potencialidades de la persona y una traba para el funcionamiento de la sociedad. Imagínese el caso del tránsito vial, que en sí es una actividad riesgosa, por lo cual el Derecho debe admitir y tolerar cierto grado de creación de riesgo para los bienes jurídicos siempre que se respeten las reglas del tránsito y su regulación implicará establecer ciertos grados de riesgo permitido; sobrepasar ese riesgo permitido permitirá que se impute ese resultado al ingerente, que con su actuar excedió el riesgo permitido socialmente. Así lo ha resuelto el Tribunal Supremo Federal alemán que señala “Un automovilista que se conduce en todo sentido conforme al deber y a las reglas del tránsito, no tiene ninguna posición de garante frente a la víctima que es única culpable del accidente”. El conductor responderá por una omisión de socorro si se cumplen los elementos típicos de esa figura, pero no por un homicidio doloso mediante omisión.<sup>199</sup>

Anticipando un poco el tema del deber de vigilancia de una fuente de peligro, que se verá en el próximo capítulo, debo señalar que la ingerencia desde la óptica moderna de las fuentes de garante se incluye dentro de ese criterio de las fuentes de garante, por lo cual el manejo que se realiza sin cumplir las medidas de vigilancia del peligro inherente a la conducción vial implicaría el nacimiento

---

<sup>199</sup> Así también Jakobs y Jescheck, citados ambos por Roxin, Injerencia e imputación objetiva, pág. 147.

de una posición de garante por ingerencia en caso de una conducción riesgosa y que, por tanto, no es permitida por superar el riesgo permitido y que se engloba dentro de las fuentes que implican un deber de control de una esfera de peligro.

**3.- No hay posición de garante si falta una relación de fin de protección entre el comportamiento precedente y el resultado inminente.** “La imputación objetiva requiere la realización del riesgo que la norma transgredida quería prevenir.”<sup>200</sup> Un ejemplo de esto sería el caso del propietario de una casa que es despertado por un ladrón en la noche y al ir en su búsqueda se cae por las escaleras y se lesiona una pierna. La solución de Roxin es que no se puede castigar al ladrón por lesiones corporales imprudentes en forma omisiva, por cuanto el fin de protección de las normas que prohíben el robo y el hurto consisten en impedir la comisión de delitos contra la propiedad, y no en evitar lesiones corporales. Así las cosas, no ha surgido una posición de garante por el hacer previo (ingresar al domicilio) que obligue al ladrón a evitar que ese peligro derive en un resultado mas grave.

**4.- No hay posición de garante si el peligro provocado por el comportamiento precedente queda únicamente en el ámbito de responsabilidad de la persona puesta en peligro.** El ejemplo que se cita es el del caso del suministrador de sustancias estupefacientes, en virtud del cual la

---

<sup>200</sup> Ídem a la nota 191, pág. 149.

persona que los consume, conociendo el riesgo, resulta dañado en su salud. Situación en la cual el suministrador no respondería por lesiones u homicidio imprudentes, por cuanto, la puesta en peligro queda exclusivamente en el ámbito de responsabilidad del que se puso en peligro. Así, en la dogmática del delito de omisión impropia se establece por éste autor, que el suministrador no tiene una posición de garante si el consumidor queda en un estado tal que necesita el auxilio de otra persona, por cuanto el peligro que originó ese estado no es imputable al vendedor, sino al mismo cliente. Si el vendedor no socorre al consumidor, siendo posible ese auxilio para el suministrador, responderá de omisión de socorro si se cumplen los requisitos de ese tipo y no por homicidio por omisión.

**5.- No hay posición de garante si la creación de peligro esta justificada por legítima defensa.** Señala este autor, que en un comportamiento precedente condicionado por una situación de legítima defensa es el agresor antijurídico el que se ha puesto en esa situación de peligro y, por tanto, queda en el exclusivo ámbito de responsabilidad del agresor.

**6.- Existencia de una posición de garante si el comportamiento precedente esta justificado por estado de necesidad.** Se trata del caso de un automovilista que para evitar colisionar con otro vehículo que podría tener un resultado mortal para él, se decide por invadir la acera ocasionando la lesión de un transeúnte. Su acción esta justificada por estado de necesidad y cabe

preguntarse si surge una posición de garante para ese conductor que ha lesionado al transeúnte. Roxin responde afirmativamente a la pregunta y señala como fundamento, que en éste caso el tercero lesionado no se ha puesto en peligro por su voluntad, es decir que el suceso no queda en el ámbito de responsabilidad del transeúnte. Es mas, es la persona que ha actuado en estado de necesidad el que “ha intervenido en la esfera de libertad de una persona que no tiene ninguna responsabilidad por la situación de necesidad creada.”<sup>201</sup> Señala que el autor se encuentra justificado en su actuar, pero dicha justificación esta sujeta a una ponderación de intereses que obliga a la mayor protección de la víctima, por lo cual, se le grava con la responsabilidad de que el perjuicio a la víctima se mantenga en el nivel mas bajo posible.

**7.- Afirmación de una posición de garante si en un delito permanente justificado dejan de existir posteriormente los presupuestos de la justificación.** Roxin señala como ejemplo, el de una persona peligrosa por encontrarse en estado de ebriedad, a la cual se procede a encerrar en una habitación; dicha privación de libertad estaría justificada por estado de necesidad, pero una vez terminado el peligro, por recuperar esa persona la sobriedad y no constituir un peligro para la integridad de terceros, deberá ser puesta en libertad por quien la encerró o, de lo contrario, será responsable de una privación de libertad ilegítima por omisión.

---

<sup>201</sup> Ídem, pág. 154.

## **B.- Extensión de las fuentes de la posición de garantía.**

Con posterioridad la doctrina ha tendido a ampliar las fuentes de la posición de garante, añadiendo a las tradicionales que se ha analizado de la ley, el contrato y el hacer precedente, las siguientes: 1.- **la estrecha relación vital**; 2.- **la comunidad de vivienda**; 3.- **la comunidad de peligro**; 4.- **el dominio de la cosa**; 5.- **los deberes de aseguramiento del tráfico**.

Se analizarán brevemente cada una de ellas:

### **B.1.- La estrecha relación vital.**

Se puede señalar que la idea central que subyace a esta posición de garante (así también para la comunidad de vivienda y las comunidades de peligro) es que cada vez que existan determinadas comunidades íntimas de vida o siempre que se de una, aunque provisional, comunidad de peligro, cada uno de los miembros de esas colectividades está obligado a evitar los peligros probables para los restantes sujetos. Se puede apreciar fácilmente que este principio, sin una mayor concreción y delimitación, amplía excesivamente la responsabilidad penal para el delito de omisión impropia además de extender “la íntima solidaridad a ámbitos de la vida, que, conforme a la clara voluntad expresa de

otras ramas del derecho, no deberían dar lugar a tales vínculos.”<sup>202</sup> De esta forma, se señala que existe una posición de garante entre personas que se encuentran recíprocamente ligadas entre sí por estrechos vínculos sociales y de vida, pero que no constituyen lazos familiares, en que el fundamento de esa posición de garante es la mutua confianza que nace de una relación interpersonal. (La relación paterno-filial y la existente entre cónyuges y también la de otros parientes mas lejanos son constitutivas de una posición de garante en virtud de la ley, lo que ya se analizó). Así se ha extendido la posición de garantía a las relaciones existentes entre novios, prometidos e incluso, entre parejas extramatrimoniales, ya sean de carácter hetero u homosexual. Así señala Herzberg que “El deber moral con validez general de evitar daños a los semejantes se multiplica en determinadas **relaciones personales - especialmente estrechas-** de tal manera que puede ser adecuado subsumir en un tipo de resultado del Código Penal una inactividad que daña a un semejante.”<sup>203</sup> Así, se puede señalar que muchos autores aceptan esta posición de garantía para casos de convivencia análoga al matrimonio extendiéndola a las relaciones homosexuales, en base al fundamento de que la pareja que establece una relación análoga al matrimonio lo hace teniendo en consideración un deber de auxilio mutuo y tácito entre ellos, con el objeto de conjurar los peligros contra la integridad física, la vida y la libertad de ambos. Además Landscheidt señala que “El Derecho penal moderno no moraliza, sino que sirve

---

<sup>202</sup> R. Maurach, op. cit., pág. 288.

<sup>203</sup> Herberz, citado por Gimbernat Ordeig, op. cit., pág. 34. Lo destacado es mío.

preferentemente a la protección de bienes jurídicos”<sup>204</sup> para justificar la protección brindada a las relaciones extramatrimoniales y, especialmente, a las relaciones homosexuales. Así también, reconocen esta posición de garantía Mir Puig que señala que existe “la posibilidad de afirmar posición de garante en casos de efectiva comunidad de vida de personas no emparentadas formalmente: así, relaciones cuasi-matrimoniales, homosexuales, etc.”<sup>205</sup>

## **B.2.- La comunidad de vivienda.**

Se señala esta situación de hecho como fundamento de una posición de garantía entre personas que viven bajo un mismo techo, pero que no se encuentran vinculadas por algún tipo de parentesco ni tengan una estrecha relación vital pero sí, al menos, “**algo más** que la mera circunstancia de compartir una misma vivienda sin la concurrencia de un vínculo ulterior.”<sup>206</sup>201 Así entendida esta posición de garantía se señala que existe un deber de evitación entre el empleador y sus empleados que viven en el mismo hogar. En ocasiones y con un carácter restrictivo, se utiliza la comunidad de vivienda como criterio complementador e imprescindible para que otras relaciones fácticas puedan dar origen a una posición de garantía; así se señala que para que una relación

---

<sup>204</sup> Landscheidt, en Zur problematik der garantenpflichten aus verantwortlicher... citado por Gimbernat, op. cit., pág. 34.

<sup>205</sup> Mir Puig, op. cit., pág. 309. Son de la misma idea Schmidhäuser, Rudolphi, Bockelmann, Maurach/Gössel, Wessels entre otros, según el primer autor.

<sup>206</sup> Gimbernat Ordeig, op. cit., pág. 38.

familiar (ley) o una estrecha relación vital puedan dar origen a una posición de garante se requiere de una convivencia común. Así la sentencia del T.S. de España de 17 de abril de 1997 condenó por homicidio doloso en comisión por omisión al yerno (relación familiar) que no impidió la muerte de su suegro con quién convivía en la misma casa y a la hija del fallecido se la condena por parricidio en comisión por omisión.

Cabe señalar que la sola convivencia bajo un mismo techo, a mi juicio, no es suficiente para dar origen a una posición de garantía y será mejor añadir algunos otros elementos para que surja tal posición y así la doctrina señala que “La mera convivencia no puede ser lo decisivo. Lo esencial es, mas bien, la manifestación de un estrecha relación personal entre los afectados establecida para durar.”<sup>207</sup> Vemos que de esta forma se precisa un poco mas la posición de garante por cuanto además de exigirse un vínculo social estrecho se requerirá una convivencia en común que tenga por objeto una cooperación para dominar las tareas comunes y para repeler peligros, al decir de Rudolphi. Además de que esa convivencia en común pueda servir como antecedente para acreditar la estrecha relación de vida. Considero que ambas posiciones de garante se pueden conjugar en una sola cuya característica esencial sea el de la real asunción de un

---

<sup>207</sup> Así Otto, Schönke, Schröder, Stree, Kölher, Susana Huerta entre otros según lo señala Gimbernat, La omisión impropia en...., pág. 33 a 37, especialmente en nota al pie de página N° 82.



deber de protección y la efectiva dependencia de una persona o, mas bien dicho, de su bien jurídico a la actuación salvadora de un tercero.

### **B.3.- La comunidad de peligro.**

Esta consiste en que cuando varias personas deciden iniciar una actividad riesgosa (por ejemplo, un grupo de alpinismo) los integrantes del grupo se vuelven garantes recíprocamente los unos de los otros respecto de los peligros que se presenten durante el desarrollo de esa actividad y en esa condición deberá hacerse responsable de un delito contra la vida a aquel que tenga confiado el resguardo de los demás miembros de la expedición (guía de una excursión de turistas inexpertos) o bien, a todos los demás integrantes del grupo que no socorran a aquel que se encuentra en una situación de peligro, por ejemplo al quedar colgando de un precipicio, siempre que ese rescate no ponga en peligro seriamente la vida de los otros alpinistas. Este deber de auxilio recíproco tendría por fundamento principios éticos como la solidaridad, lealtad y la consideración de que las personas que asumen esa expedición, que implica grandes riesgos, lo hacen en el entendido de que sus compañeros los auxiliarán en caso de necesidad, por lo que se presenta una situación de asunción voluntaria del deber de protección. La doctrina dominante señala que esta posición de garante surge solo cuando se trata de una actividad riesgosa que ha

sido concertada<sup>208</sup> y solo por los riesgos propios de esa actividad y no cuando surge de una manera casual y así señalan que los náufragos de un barco que se encuentran en medio del océano no estarían vinculados entre si por ningún deber de garantía. De una opinión contraria es Artz<sup>209</sup> que señala que en el caso de los náufragos si surgiría un deber de garante en virtud de la situación de desgracia vivida y, especialmente, por el aislamiento del mundo exterior. A mi juicio esta posición de garante se verificará cuando exista una dependencia absoluta de un bien jurídico a la actuación de otro y el fundamento último de que en estos casos se asuma el peligro que representa la actividad peligrosa que se desarrolla es la confianza en la posible ayuda de los demás intervinientes, razón por la cual se decide una persona por realizar esta actividad y en algunos casos a prescindir de ciertos cuidados (piénsese en la escalada en un muro artificial en que el sujeto que se arriesga al desarrollo de esa actividad prescinde de ciertos cuidados confiando en la persona que sostiene los cables que se usan en estas actividades de carácter recreacional). Mir Puig señala como fundamento también de esta posición el de la asunción voluntaria, siquiera implícita, de una función de protección de los demás intervinientes en la expedición.<sup>210</sup>

Novoa Monreal no es partidario de las 3 posiciones de garante analizadas (comunidad de peligro, de vida y/o estrecha relación vital) por considerar que adolecen de una gran imprecisión.

---

<sup>208</sup> Así Mir Puig, Derecho penal, op. cit., pág. 310.

<sup>209</sup> Citado por Gimbernat, “La omisión impropia...”, pág. 40 en nota al pie de página.

<sup>210</sup> Mir Puig, op. cit., pág. 309 y ss.

#### **B.4.- El dominio de la cosa (sachherrschaft).**

Traeger es el que formula este deber de garante, diferenciándolo de la ingerencia, señalando que surge un deber de actuar “para aquel en cuya zona de dominio surge una situación de peligro con la que sólo él puede acabar, independientemente de que esa situación se haya producido por el azar o incluso por la culpa de un tercero.”<sup>211</sup> Se diferencia del hacer precedente en que el dominio de la cosa no requiere de una actuación previa del sujeto que tiene el dominio de la cosa y, además, en que en el hacer precedente es indiferente si alguien ha encerrado a otro en su propia vivienda o en otra ajena, en cambio aquí, se requiere que la situación de peligro se hubiera verificado en la zona de dominio del obligado a contrarrestarla, como por ejemplo en su patio. Además, este dominio de la cosa se caracteriza por que la cosa en principio no es peligrosa, lo que permite su diferenciación con los deberes de aseguramiento del tráfico en los que se trata de evitar un riesgo potencial inherente al objeto. (Ej. tráfico ferroviario). Con posterioridad Henkel<sup>212</sup> retoma este criterio del dominio de la cosa pero con un objeto diverso. Este autor estima que el defensor legítimo no se convierte en garante del atacante lesionado (no existe hacer precedente en la legítima defensa para este autor) salvo en un caso, que consiste en el de que el lesionado se encontrare en la esfera de dominio del defensor y así, si el ladrón que resulta herido por el vigilante de una fábrica en

---

<sup>211</sup> Traeger, citado por Gimbernat, La omisión impropia..., pág. 40 y 41.

<sup>212</sup> Véase supra 3.2.4.A.3.a.

el interior de ella y que no puede escapar, deberá ser socorrido por la persona que lo hirió para evitar por ejemplo la muerte del ladrón y esto no será en virtud del hacer precedente del encargado (herir al ladrón) sino por que el herido se encuentra en la esfera de dominio del que se defiende.

#### **B. 5.- Los deberes de aseguramiento del tráfico.**

Consiste en que “cualquiera que pone en movimiento una fuerza natural tiene que adoptar las precauciones necesarias para evitar resultados antijurídicos no sólo en el momento de la puesta en movimiento, sino que también, mientras dura la actividad de la fuerza puesta en movimiento, y tiene que dirigir su atención para que no surjan consecuencias dañosas.”<sup>213</sup>

Traeger es el primero en formular esta posición de garante y luego desarrollada por Welp y Pfeleiderer entre otros autores, hasta que Schünemann<sup>214</sup> la trata como criterio autónomo de posición de garante propugnando además la idea de que la ingerencia debe desaparecer como posición de garante puesto que, según éste último autor, la teoría de la ingerencia encuentra su núcleo en los deberes de aseguramiento del tráfico y en que, en ciertos casos, un resultado no puede ser reconducido a una omisión, por cuanto, no se presenta un hacer precedente

---

<sup>213</sup> Gimbernat, op. cit., pág. 45.

<sup>214</sup> Para todos los autores citados confrontar Gimbernat, La omisión..., pág. 44 y ss.

para lo cual cita el caso de la persona que compra una casa y de la cual se desprende una teja causando lesiones a un transeúnte y en éste caso no se podría establecer una responsabilidad del nuevo propietario de la casa en virtud de ingerencia, ya que el nuevo propietario no ha fundamentado el peligro sino que se lo ha encontrado previamente dado, situación que se salva señalando por éste autor que el fundamento de la responsabilidad del omitente ( nuevo propietario) se encontraría en los deberes de aseguramiento del tráfico. Schünemann sostiene que el deber del tráfico puede reconducirse al dominio sobre una fuente potencial de peligro, con lo cual a mi juicio, éste criterio pierde la pretendida autonomía que sostiene el autor para ser englobado en uno de los criterios que propugna Kaufmann en su sistematización de las posiciones de garante, a saber, el de dominio y control sobre una fuente de peligros.

En esta etapa creo conveniente analizar someramente una sentencia de 6 de julio de 1990 del BGH (Tribunal Supremo Alemán) en un caso de responsabilidad por el producto conocido comúnmente como caso “Lederspray”. Los hechos consisten en que una empresa fabricaba un spray para el cuidado de artículos de cuero y piel y que era comercializado por dos sociedades filiales de ella. En un primer momento, este producto llegó al público sin causar ningún daño a los consumidores, pero posteriormente la empresa fabricante recibió noticias de que el spray que producía, generaba daños a la salud de los consumidores (náuseas, fiebre, dificultades respiratorias, entre otros síntomas) y, que en algunas ocasiones, requerían

tratamiento médico ambulatorio y en otros casos se precisaba de una internación en unidades de cuidados intensivos. El diagnóstico médico era, por lo general, de edemas pulmonares (líquido en los pulmones). Ante estas noticias los directivos de la empresa fabricante deciden, no obstante, continuar la producción y comercialización del producto, por cuanto, no existían indicios de propiedades tóxicas y, por tanto, de peligrosidad del producto, con lo cual se produce la omisión de retirada del producto del mercado. El tribunal Supremo Alemán distingue en su sentencia cuatro etapas:

La **primera** de ellas reconoce que las lesiones causadas en un principio no pueden ser atribuidas a dolo ni a culpa, por lo que constituyen un **caso fortuito**, por cuanto el producto era fabricado en concordancia con los conocimientos técnicos y científicos del momento, sin que hubiera motivo para estimar que pudieran ser peligrosos para la salud de los consumidores, lo que implica que las lesiones ocasionadas en ese período resulten impunes.

La **segunda etapa** se inicia cuando los fabricantes reciben noticias de que el spray para el cuero estaba generando daños a la salud y se mantiene la comercialización del mismo (no retirada del producto del mercado) configurándose por el BGH cuatro delitos de lesiones en **omisión impropia imprudente**. La **tercera etapa** se inicia con posterioridad a una reunión de mayo de 1981 de los ejecutivos de la empresa que producía el spray para cuero y en la cual se deciden a mantener el producto en el mercado, no obstante, los

numerosos antecedentes que existían para considerar que el producto en cuestión era peligroso para la salud y por ello el tribunal de primera y el mismo BGH modifican el criterio de imputación de culpa a **dolo eventual** por una serie de lesiones en **comisión por omisión (omisión impropia)**. En la **última etapa** que distingue el Tribunal Supremo señala que se cometen lesiones **dolosas por acción** por la introducción del producto al mercado con posterioridad a la reunión de mayo ya señalada. Como puede apreciarse, las etapas que interesan para este estudio son la segunda y tercera en que se fundamenta por el BGH la existencia de una omisión impropia y, por tanto, la existencia de una posición de garante, situación que analizaremos a continuación:

-el BGH sostiene que la posición de garante de los ejecutivos de la empresa que produce el spray para el cuero y que omiten su retirada del mercado se fundamenta en la **teoría de la ingerencia**, es decir, por el hacer precedente de haber introducido ese producto, señalando que al momento de la introducción (acción) no se podía prever que se tratara de un producto que pudiese generar un peligro para la salud de los consumidores. Por tanto, procede a limitar el campo de aplicación de la ingerencia añadiendo un requisito extra que consistía en que el hacer precedente fuese contrario al deber. (Así Wessels, Schönke, Baumann y Jescheck que señalan "...el comportamiento previo peligroso tiene que ser objetivamente contrario al deber (aunque no necesariamente culpable), porque de la actuación conforme a Derecho no puede surgir la pesada carga de

un deber de garante para la evitación de los daños provenientes del peligro.”)<sup>215</sup>

Pero la doctrina es unánime en criticar la decisión del Tribunal en atención a que no aparece por ninguna parte que el actuar precedente sea contrario objetivamente al deber en forma ex ante y lo que hace el BGH es determinar esa contrariedad a deber ex post, es decir, con posterioridad a la introducción del producto en el mercado. Así, muchos autores coinciden en que un comportamiento será objetivamente contrario a deber cuando va vinculado a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado cognoscible objetivamente en el momento de la acción (introducción del producto al mercado), por tanto, concluyen que lo que hizo el Tribunal Supremo fue ampliar el campo de aplicación de la ingerencia extendiéndola a aquellos casos en que el hacer precedente era conforme a Derecho, con lo cual cambia la jurisprudencia que venía sosteniendo hace algún tiempo en esta materia. Otro grupo de autores prefiere sostener que la posición de garante en el caso en estudio, se encontraría en la existencia de un deber de **aseguramiento del tráfico** por parte de los directivos, adhiriendo así a la posición sostenida por el tribunal de instancia (la Audiencia Provincial de Mainz) que deriva ese deber de impedir el resultado de los deberes que se reconocen en el ámbito jurídico-privado de aseguramiento del tráfico, específicamente del deber de observación del producto una vez que ha sido introducido al mercado, con lo cual no será necesario exigir que el comportamiento previo sea contrario al deber y entonces la omisión de retirada

---

<sup>215</sup> Citado por Gimbernat, op. cit., pág. 54.



del producto y las posteriores lesiones pudieron ser evitadas ejerciendo el debido control sobre la fuente de peligro que la empresa generó. El problema es que el tribunal de instancia no fundamenta mayormente el por que se trataría de esa posición de garante.

Una tercera posición, que se sostiene por la doctrina en torno a este conocido caso, es de que no existe un delito de omisión impropia y solo puede castigarse a los directivos de la empresa por un delito de omisión del deber de socorro. Señalan que la introducción del producto en el mercado no constituye un hacer precedente por cuanto, ese actuar previo no sería contrario a deber, puesto que al momento de la acción (introducción del producto) no se sabía que era una mercadería defectuosa que pudiese generar daños en la salud y critican al BGH en el sentido de que al prescindir de este requisito, lo único que hace es ampliar excesivamente el campo de aplicación de la ingerencia con lo cual los contornos de la responsabilidad por omisión impropia se convierten en imprevisibles.

#### **B. 6.- Conclusión.**

Puede apreciarse que los intentos de la doctrina por limitar y precisar los supuestos en los cuales se presenta un hacer precedente fundamentador de una posición de garante que permita estimar que la omisión de una acción se

equipara a la comisión del hecho punible de que se trate es poco fructífera y tan sólo contribuye a complicar el asunto en estudio (lo mismo se puede señalar en cuanto a estimar al contrato como fuente de deber de garante), por lo cual creo que el esfuerzo realizado por la doctrina en orden a resistematizar las fuentes de la posición de garantía iniciado por Armin Kaufmann, con la teoría de las funciones como criterio de formulación de los deberes de garante, es bastante mas productivo y simplificador aunque no exento de críticas, lo que se analizará a continuación.

### **C.- Nueva orientación de las fuentes del deber de actuar.**

En su obra **“Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte”** sobre el delito de omisión, **Armin Kaufmann** propone esta nueva visión de las fuentes del deber de obrar, la cual lamentablemente no ha sido traducida al español íntegramente, por lo cual las referencias que se hagan a esta obra lo serán en virtud de las citas que realizan otros penalistas en sus obras. Las ideas de Kaufmann han sido adoptadas por los autores actuales y especialmente por H.H. Jescheck<sup>216</sup> y, así también, por la doctrina dominante en Alemania que solo conoce estos dos grandes grupos de posiciones de garante: **la asunción fáctica de una función de protección y el deber de vigilancia de fuentes de peligro**. Schönemann señala esto en forma muy clara: “hoy en día apenas existen dudas sobre la

---

<sup>216</sup> Jescheck, Tratado de derecho penal, parte general, pág. 565 a 571.

diferenciación existente entre las posiciones de garante derivadas del deber de control y del deber de protección que son consecuencia directa de las dos formas de dominio lógicamente posibles, bien sobre la fuente de peligro o bien sobre el desamparo del bien jurídico.”<sup>217</sup> Esta evolución implica el abandono de la teoría formal del deber jurídico, pues se reconoce que la ley y los contratos, tanto civiles como de derecho público, pueden dar origen a deberes de actuación propios de esas esferas del derecho, pero no necesariamente, a deberes de actuación que impongan la obligación jurídico-penal de evitar un resultado típico y que puedan ser sancionados penalmente en el caso de no ser cumplidos por el garante. De esta forma se procede a fundamentar el deber de actuar en un criterio material, para el cual la consideración de “la vinculación real concreta del sujeto con el bien jurídico en peligro”<sup>218</sup> constituye el núcleo esencial sobre el cual determinar la posición de garante y la consecuente obligación de salvamento del bien jurídico en peligro. Por tanto, lo importante ya no será la fuente puramente formal (contrato o parentesco legal) el que servirá para fundamentar el deber de actuar o de garante, sino que el acento se pone en el efectivo vínculo o contacto social que se tiene con el bien en riesgo, es decir, por la especial cercanía entre el omitente y el bien jurídico afectado. Así las cosas, esta teoría permitiría fundamentar un deber de salvamento entre una pareja de homosexuales que viven en un mismo hogar (comunidad de

---

<sup>217</sup> Bernd Schünemann, Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania, en Revista del Poder Judicial, 1998, tercer trimestre, tomo 51, pág. 219.

<sup>218</sup> Bustos y Hormazábal, Lecciones de Derecho Penal, vol. 2, Editorial Trotta, 1999, pág. 216.

vivienda como criterio restrictivo y complementador) y entre los cuales no existe ninguna obligación legal ni contractual (la teoría formal del deber de actuar negaría una posición de garantía en este caso), pero sí una vinculación real entre los sujetos y el bien jurídico en peligro.

Jakobs propone otra visión del tema que se verá sucintamente al final de este capítulo. La exposición que se hace a continuación tiene en cuenta las ideas del primer autor citado. Armin Kaufmann distingue 2 fuentes generadoras de posición de garante: *a) deberes de garante que consisten en una función protectora para un bien jurídico concreto (deberes de asistencia) y b) aquellos que consisten en el deber de vigilancia y control de una fuente de peligro (deberes de aseguramiento).*<sup>219</sup>

### **C.1.- Deber o función de protección de un bien jurídico determinado.**

En esta primera forma de aparición de la posición de protección, el sujeto aparece “**puesto**” como defensor de uno o varios bienes jurídicos contra todo ataque que puedan sufrir y que pueden pertenecer a uno o varios titulares, pero siempre existirá en el trasfondo de esta relación una vinculación con el propio titular del bien jurídico. Es decir, en esta posición de garante la protección del

---

<sup>219</sup> Para este tema me basaré principalmente en Bustos y Hormazábal, Lecciones de derecho penal, volumen 2, pág. 216 a 219; Bacigalupo, Conducta precedente y posición de garante, pág. 108 a 110, 114 a 117; Mario Garrido, Derecho penal, parte general, tomo 2, pág. 243 a 246; Mir Puig, Derecho penal, parte general, pág. 306 a 317; Susana Huerta y Emilio Octavio de Toledo, Derecho penal, pág. 560 y ss.

bien jurídico tiene su origen en la relación existente con el sujeto titular del bien, en que la cercanía o grado de intimidad de la relación del sujeto con el bien jurídico le impondrá al garante esta tarea de defensa frente a cualquier amenaza de lesión.

La protección o defensa de un bien jurídico presupone la existencia de una persona que requiere de un tercero que vele por la integridad de sus bienes jurídicos por su incapacidad de protegerlos él mismo, y de la presencia de un tercero sobre quien pesa un deber de protección y salvamento. Jescheck<sup>220</sup> señala como requisito de esta clase de posiciones de garante el que exista una relación de dependencia entre los afectados y/o que el titular del bien jurídico haya asumido **mayores peligros** o haya renunciado a otras medidas de protección por cuanto confía en la disposición de actuar del garante.

Se distinguen los deberes de garante derivados de *i.*- relaciones familiares; *ii.*- de la condición de representante del titular del bien jurídico; *iii.*- de estrechas relaciones de comunidad y; *iv.*- una asunción consentida de una función de protección o asumidos unilateralmente.

La consideración de la relación familiar incluye los ya mencionados casos de la madre respecto de su hijo menor, el caso de los hijos en relación al cuidado que

---

<sup>220</sup> Jescheck, Tratado de derecho penal, pág. 564 y ss.

les deben a sus padres ancianos y entre cónyuges, pero en todos estos casos es necesario que exista realmente una vinculación directa con el bien jurídico a proteger, es decir, una proximidad social con el bien jurídico. No se presentaría una posición de garante entre los cónyuges que se encuentran separados de hecho por muchos años y que viven en ciudades diferentes o la madre no responderá por la muerte de su hijo si al nacer ha sido llevado a una incubadora lejos de su alcance. La doctrina del deber formal hallaba el fundamento de esta posición en la ley. Jescheck<sup>221</sup> prefiere hablar de la solidaridad natural como causa jurídica de la que se puede derivar un deber de garantía dentro de la cual incluye las relaciones familiares limitando el deber de actuar en dos sentidos: solo incluye a los familiares mas cercanos y por otro lado lo limita a la protección de la vida y la integridad física.

La condición de representante de un titular de un bien jurídico impone el deber de proteger los bienes jurídicos de terceros en caso de peligro y se aplicará especialmente para la protección de intereses de personas jurídicas por parte de sus directores, relativo a la propiedad específicamente.

Las relaciones de comunidad incluyen a la comunidad de peligro (el grupo de alpinistas que se analizaba con anterioridad) y la comunidad de techo o vivienda. El fundamento de esta posición de garantía se encuentra en la

---

<sup>221</sup> Ídem.

proximidad al bien jurídico que debe protegerse y a la confianza recíproca entre los involucrados en la actividad riesgosa o que viven juntos, lo que determina que surjan entre ellos relaciones de dependencia, motivo por el cual se permiten correr riesgos mas altos o prescindir, de algún modo, de medidas de seguridad confiando en la actividad salvadora de sus compañeros.

Respecto de la asunción consentida de una función de protección o asunción unilateral de la misma, cabe señalar que el fundamento de la primera de ellas se encuentra en que el que asume voluntariamente (por ejemplo en virtud de un contrato) el deber de protección ha liberado en forma temporal a otra persona que tenía ese deber originariamente y que se encontraba mas próxima al bien jurídico, es decir, se opera una especie de subrogación en la “proximidad al peligro”<sup>222</sup> al decir de Susana Huerta. Tal situación se presenta en el caso del salvavidas que asume el rol de garante en reemplazo de los padres que dejan a su hijo menor jugar en la piscina, por lo cual, los riesgos de esa actividad deben ser conjurados por el salvavidas. Entonces, puede concluirse que caben bajo esta calificación las relaciones contractuales en cuanto impliquen con el titular del bien jurídico una relación respecto a su defensa, mas allá de toda consideración sobre la validez formal del acto jurídico celebrado, y que se encuentre el titular del bien jurídico en una situación de dependencia respecto del actuar del garante.

---

<sup>222</sup> Susana Huerta y Emilio Octavio de Toledo, Derecho penal, pág. 580.

Respecto a la asunción voluntaria se señala que se presenta cuando una persona asume de manera unilateral la tutela de un bien jurídico y, con posterioridad al inicio de su actuar, desiste de éste. Se entiende que surgirá esta posición de garante solo cuando se presente una decisiva dependencia del bien u objeto protegido respecto de la persona que asume la protección y así surgirá una posición de garante cuando “el interviniente haga imposible otra clase de auxilio eficaz, por ejemplo, por haberse llevado a la víctima lejos del hospital y haber retrasado decisivamente otro posible socorro.”<sup>223</sup> Se señala como ejemplo, el del conductor de un vehículo que comienza la ayuda a un herido para llevarlo al hospital en su vehículo, pero posteriormente lo abandona a su suerte en el camino: aquí también operó una subrogación por cuanto esa tarea probablemente habría correspondido a otra persona (ejemplo a quien hirió a la víctima) y, especialmente, existe una dependencia del titular del bien jurídico en peligro respecto de la persona que inició la acción salvadora y que si se desiste de ella dejará al accidentado, tal vez, en peores condiciones de las que se encontraba originariamente. Un problema de esta fuente es la imprecisión de sus límites en cuanto a los riesgos que se debe conjurar. Así la persona que ayuda a un ciego a cruzar la calle debe velar por que no sea atropellado por los vehículos, lo que es bastante claro, pero ¿deberá evitar un daño a su propiedad frente a la posibilidad de que al cruzar la calle sea víctima de un robo por un

---

<sup>223</sup> Mir Puig, op. cit., pág. 311.



tercero? Creo que la respuesta a esta interrogante debe ser negativa por cuanto la afectación al bien jurídico escapa a la órbita de actuación del garante que ayuda a cruzar la calle.

### **C.2.- Deber de vigilancia y control de una fuente de peligro.**

Es un hecho incuestionable que la moderna vida en sociedad ha generado una serie de actividades riesgosas en sí, que son necesarias para el desarrollo social por lo cual se permite cierto nivel de riesgos (riesgo permitido) y se establece como contrapartida, el deber de controlar que esos riesgos no devengan en lesiones a los bienes jurídicos de las personas. Piénsese por ejemplo en una fábrica de explosivos o una planta nuclear. A partir de estas fuentes de peligro surge la necesidad de considerar que existen personas encargadas de vigilar esas fuentes de peligro o, lo que es lo mismo, que nacen posiciones de garante de bienes jurídicos ajenos que pueden verse afectados si estos peligros no son contenidos. Puede apreciarse que en estos casos de fuente de posición de garantía no es determinante la vinculación del garante con el titular del bien jurídico, sino que su posición de garante se debe dirigir a la defensa de cualquier bien jurídico frente a los peligros de lesiones que puedan derivarse de una fuente de peligro, que el sujeto tiene el deber de organizar y encauzar dentro de ciertos límites. En los casos analizados anteriormente, los bienes jurídicos se encontraban limitados en su amplitud por la relación que existía con

el titular de dichos bienes y su fundamento reposaba en la vinculación social con ese titular, en los casos de fuente de garante que ahora analizamos la determinación del campo de protección se determina en atención a los posibles daños que puedan provenir de una fuente de peligro. La doctrina incluye dentro de este grupo a la ingerencia y, es por eso que, Bacigalupo señala que en la moderna teoría de las posiciones de garante lo importante es “la posición del autor respecto del bien jurídico y en este sentido los casos de ingerencia quedarán reducidos a una subespecie dentro de la clase mas amplia de **cuidado de una fuente de peligros frente a daños que de ella pueden derivarse**. En este sentido, lo importante será si el autor tiene el dominio de ámbito dentro del cual se ha producido el resultado típico.”<sup>224</sup>

Este deber de control de una fuente de peligro se extiende tanto a las fuentes de peligros que hayan sido creadas por el sujeto-garante como de aquellas que sin haberlas originado, le han sido encomendadas para su vigilancia, o como dice Bacigalupo “El denominador común de todas la hipótesis antes debatidas es la circunstancia de que el sujeto, o bien ha introducido un peligro en la vida social, o bien **está puesto** para impedir que de éste peligro se deriven, **en general**, daños.”<sup>225</sup> Así el conductor de una máquina tiene la obligación de controlarla para evitar que los riesgos inherentes a su actividad se conviertan en lesiones a bienes jurídicos ajenos. La doctrina agrupa dentro de este criterio a los

---

<sup>224</sup> Bacigalupo, en “Conducta precedente y posición...”, op. cit., pág. 115. Destacado en el original.

<sup>225</sup> Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, pág. 148.

siguientes supuestos: el actuar precedente; el deber de control de fuentes de peligro situadas en el propio ámbito de dominio; responsabilidad por conducta de otras personas.<sup>226</sup>

Respecto del hacer peligroso, es preciso volver a señalar que consiste en que la persona que ha dado origen a una situación de riesgo (que supere el riesgo permitido socialmente) debe evitar que ese peligro se transforme en una lesión típica a un bien jurídico ajeno. Pero una caracterización así, sin ulteriores requisitos significaría una extensión excesiva de este deber de actuación, por lo cual, la doctrina mayoritaria señala una serie de requisitos con el objeto de restringir la idea de la ingerencia. Dichos requisitos son que el hacer previo tiene que haber ocasionado el peligro próximo (adecuado) de la producción del daño. El comportamiento debe ser contrario objetivamente al deber y, por último, la infracción del deber ha de consistir en la vulneración de la norma orientada precisamente a la protección del correspondiente bien jurídico.<sup>227</sup>

Es preciso señalar que estas ideas son recogidas en las conclusiones del XIII Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en El Cairo en 1984 según el cual “todo superior en una empresa económica tiene una posición de garante respecto de sus subordinados que corresponde exactamente a su poder de organización, y en virtud de esa posición de garante se le han de imputar las

---

<sup>226</sup> Así, Mario Garrido, op. cit. Pág. 189; Susana Huerta y Emilio Octavio de Toledo, op. cit., pág. 581 y ss., Jescheck, op. cit., pág. 568 y ss.

<sup>227</sup> Confróntese las limitaciones de Roxin antes reseñadas.

lesiones de bienes jurídicos causadas por los subordinados en el ejercicio de su actividad para la empresa como si hubieran sido causadas por su propia conducta.”<sup>228</sup>

### **C.3.- La posición de Jakobs.**

Jakobs señala que la moderna teoría de las funciones (deber de protección de un bien jurídico y deber de vigilancia de una fuente de peligros) tiene como única ventaja la de precisar los deberes jurídicos de evitación, pero que con esa “precisión del contenido funcional se agota ya el rendimiento de la teoría de las funciones.”<sup>229</sup> Señala que de la distinción entre deberes de protección y deberes de vigilancia no se pueden vincular consecuencias sistemáticas, puesto que un mismo cometido puede formularse como función de protección y también como uno de vigilancia: “Las protección para una persona es vigilancia, a favor suyo, de los peligros que la amenazan, y la vigilancia de una fuente de peligro es protección de las personas en peligro en cada caso.”<sup>230</sup>

Jakobs propone entonces como criterio de distinción 2 grupos:

---

<sup>228</sup> Bernd Schünemann, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, “Hacia un derecho penal económico europeo” en Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann.

<sup>229</sup> Jakobs, Derecho Penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, 1995, pág. 969.

<sup>230</sup> Ídem.

**a) deberes en virtud de responsabilidad por organización;**

**b) deberes en virtud de responsabilidad institucional.**

Lo primero que debe señalarse es que para este autor la fuente jurídica formal de la cual emanan las posiciones de garante es secundaria en su sistematización y así, una ley no crea una posición de garante sino que su utilidad radica en que puede aclarar los límites de la responsabilidad por la organización o de una institución. Así concluye que, si la ley no hubiese establecido el deber de custodia del padre respecto de sus hijos no decaería el deber de garante del padre respecto del hijo, ya que “sí hubiera reconocido la institución de...la relación paterno-filial, la falta de positivización no menoscabaría la posición de garante.”<sup>231</sup>

Para Jakobs se pueden identificar dos fundamentos de la responsabilidad penal. Parte de la premisa de que los seres humanos **configuran** el mundo externo, es decir, tienen la capacidad de alterar la realidad para la consecución de sus metas, pero en esta configuración se establecen límites puesto que una labor tal de conformación del mundo no puede ser arbitraria o totalmente libre, ya que de ser así, se impediría el surgimiento de expectativas estables que constituyen el fundamento de la posibilidad de la existencia misma de la Sociedad. Es claro, que la vida en Sociedad se basa en la existencia de expectativas uniformes que

---

<sup>231</sup> Ídem, pág. 972.

permiten el desenvolvimiento del cuerpo social, por cuanto, todos los sujetos confían en el respeto a ciertas normas que fundamentan esas expectativas (lo que yo puedo esperar de otros y lo que los demás esperan de mí). Entonces, el primer fundamento de la responsabilidad es la lesión de estos límites generales de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo. Agrega este autor que los seres humanos viven en Sociedad y que, por tanto, se encuentran insertos en un mundo social configurado, lo que no significa otra cosa que la existencia de normas que acatar. De esta configuración social surge, además del status general, un **status especial** que implica derechos y deberes a cumplir para ciertas personas que se encuentran en la situación especial prevista, como son los roles o status de madre, ciudadano, profesor. “El segundo fundamento de la responsabilidad es la inobservancia de los límites trazados por ese status especial.”<sup>232</sup>

Ambos fundamentos de la responsabilidad se pueden englobar dentro de un concepto común: los límites de la libertad de configuración son un producto social. Implican el ámbito dentro del cual la persona puede actuar ejerciendo su capacidad de configurar el mundo circundante sin que emane responsabilidad por su actuación. Fuera de estos límites se encuentra el ámbito del deber de evitar la configuración. Este autor, si bien reconoce un status general y otro especial, concluye que la lesión o vulneración de las reglas de cualquiera de

---

<sup>232</sup> Jakobs, La competencia por organización en el delito omisivo, en Estudios de Derecho Penal, pág. 348.

esos status da origen a responsabilidad, lo que permite pensar que ambos status surgen de la misma vida en Sociedad y que la diferencia entre ellos es que el general es el que corresponde a cualquier miembro de la Sociedad sin atender especialmente a su posición especial y, por tanto, podemos decir que es el **mínimo** que es posible imaginar y exigir. Por otro lado, el especial sólo surge en ciertos casos y siempre que se den los requisitos y calidades especiales que lo configuran. Por ejemplo, no toda mujer (status general) es madre (status especial) y esa calidad de madre dará origen a deberes especiales respecto a sus hijos.

El status general se identifica con la competencia por organización, mientras que el status especial lo hace con la competencia institucional, esto es, “deberes que no resultan del status general de todo ciudadano, sino que afectan tan solo a personas con un status especial, o, con mayor precisión, forman parte de un status especial, como el de los padres, el cónyuge...”<sup>233</sup> Corresponde analizar esas fuentes de responsabilidad penal.

### **C.3.1.- Los deberes en virtud de responsabilidad por organización.**

Es preciso señalar que para este autor la responsabilidad por un ámbito de organización es aplicable tanto a la acción como a la omisión. La responsabilidad por acción es por la vulneración del aseguramiento.

---

<sup>233</sup> Ídem, Pág. 363.

Dentro de éste ámbito de responsabilidad incluye también a los deberes por ingerencia y los de relación, es decir, a los deberes de asegurar frente a peligros derivados de objetos o actividades empresariales. Este deber de relación se refiere “al aseguramiento de una fuente de peligros, es decir, el obligado tiene que preocuparse de que su ámbito de organización no tenga efectos externos dañinos.”<sup>234</sup> Como este deber se fundamenta en la actividad de organización del sujeto, no lo excluye, por tanto, el hecho de que la víctima se comporte de una forma que la exponga al daño. Así, por ejemplo el empresario debe detener la labor de sus obreros que se aprestan a derribar un muro cuando haya terceros en peligro, aun cuando esa situación de peligro se deba a que esos terceros no han respetado el cerramiento reglamentario y, por tanto, se han expuesto imputablemente al riesgo.

Dentro de este ámbito de aseguramiento, Jakobs estima que la ingerencia es absorbida por estos deberes de relación. El hacer precedente es, ante todo, un acto de organización que da lugar a un peligro que obliga al aseguramiento por parte del titular de ese ámbito de organización que devino en peligroso. El titular excluye a otros del “dominio” del acontecimiento y, por tanto, a él compete evitar un daño en la organización ajena. Como contrapartida al derecho de organización que la persona tiene en Sociedad surge el deber de garantizar que en las relaciones sociales (contacto con una organización ajena)

---

<sup>234</sup> Jakobs, Derecho Penal, parte general, pág. 973.



la organización propia tenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido.

En el caso específico de la omisión, si existe un estado peligroso se debe proceder al **aseguramiento** de que el ámbito de organización no devenga en lesión a un ámbito ajeno, lo que se realiza por medio de una “**reorganización activa**”, es decir, por medio de la realización de una acción que tienda a ese objetivo. La lesión del deber de aseguramiento se produce, por tanto, por una omisión contraria a un mandato de actuar. Por otro lado, en el caso de una acción (delito comisivo) si el estado de organización es inocuo, “el aseguramiento se produce sencillamente por el hecho de no modificarlo en un sentido nocivo”<sup>235</sup>, es decir, por la no realización de una conducta arriesgada (que supere el riesgo permitido) o como lo señala reiteradamente la doctrina general, en la norma que establece un delito de acción se exige que el sujeto omita una acción que realice la descripción típica.

Concluye éste autor que el fundamento de la responsabilidad, tanto en el delito de comisión como en el de omisión, reside en la lesión de las reglas del status general que surge como contrapartida del derecho de configurar libremente la organización dentro del riesgo permitido y por el deber de evitar riesgos que superen ese nivel. Así, concluye que “todo titular de un círculo de organización es **garante** de la evitación de un out-put que exceda del riesgo permitido solo

---

<sup>235</sup> Jakobs, Estudios de Derecho Penal, pág. 348.

que, por tratarse de un deber que incumbe a cualquiera, no constituye ello ninguna especialidad y, por cierto, ni en el delito de comisión activa ni en el de omisión.”<sup>236</sup> Es decir, entre el delito de omisión y el de comisión no existe ninguna diferencia, en cuanto a que, en el primero sería necesaria una posición de garante, mientras que en el de acción tal posición sería irrelevante o que en nada contribuiría a la responsabilidad. Jakobs, en otras palabras, entiende que la posición de garante es común a los delitos de acción y a los de omisión. Por tanto, en el delito de comisión el autor es siempre **garante** en lo que dice relación con su propia organización, pero no respecto de procesos que se atribuyen a otras organizaciones ajenas a la suya. En la omisión, además, también se es garante de la propia organización. Lo decisivo para el nacimiento de la responsabilidad es si procede o no la atribución del curso del daño a la organización de su titular y en el caso de que se determine que el daño es consecuencia exclusiva de una organización ajena se debe afirmar la falta de responsabilidad.

Estos deberes de aseguramiento pueden surgir también en virtud del comportamiento peligroso de otras personas, en particular delictivo. Para Jakobs existen cuatro formas de vinculación del comportamiento ajeno con el ámbito de organización propio:

---

<sup>236</sup> Ídem, pág. 350.

I) mediante acciones peligrosas propias que constituyen participación en el comportamiento de la otra persona (coautoría, complicidad);

II) mediante cosas o situaciones peligrosas, es decir, cuando la persona tiene en su ámbito de organización objetos cuyo uso libre ya no queda en el marco del riesgo permitido. Ej.: el propietario de un vehículo debe cuidar de que no lo usen personas no cualificadas;

III) mediante el poder sobre la otra persona, es decir, la facultad de una persona de configurar el contenido del ámbito de otra persona. Ej.: los padres deben impedir los hechos punibles u otros comportamientos peligrosos de los hijos sometidos a su cuidado. También se incluye aquí la situación de quien no puede velar por sí mismo por la falta de su propia capacidad de determinación, por ejemplo, el caso del menor que no puede alimentarse solo o el del interno de una institución penitenciaria a quién debe suministrársele la alimentación para su supervivencia, aunque en este último caso, además de responsabilidad por organización, también se encuentra presente claramente la responsabilidad institucional;

IV) mediante la repercusión del comportamiento del otro sobre el ámbito de organización propio, en que la actividad del tercero no libera de responsabilidad al titular por cuanto, aún cuando se trata del actuar de un tercero, todavía nos encontramos en la organización de sus asuntos. Mientras el acto del tercero se

enmarque aún en esa organización, se exigirá al titular cumplir su deber de aseguramiento. Ej.: debe impedir el suministro de sustancias perjudiciales a la salud el dueño de la empresa de alimentos, en tanto, la contaminación de los alimentos se mantenga dentro de la organización de su empresa.

Además de éstos deberes de aseguramiento (deberes de impedir los efectos dañosos de un ámbito de organización que está definido a través de cosas o del comportamiento propio o ajeno), debemos contemplar **los deberes de salvación** que consisten en “deberes de inhibir cursos causales peligrosos, que ya se salen del ámbito de organización del alcance señalado, e incluso pueden haber alcanzado el de la víctima.”<sup>237</sup> En estos deberes de salvamento se debe retraer un curso dañoso que ya ha alcanzado a una organización ajena. Ejemplo: el alimento perjudicial para la salud ha sido vendido y se encuentra almacenado en la casa del consumidor. En éste caso existe una prolongación del deber derivado por organización cuyo contenido será de salvamento ahora.

Dentro de éstos deberes de salvamento Jakobs sitúa los casos de asunción, en la cual se dispone por la persona de un out-put peligroso<sup>238</sup> y que, por lo tanto, se le impone la obligación de su segura revocación antes de que se produzca el daño. Este cuidado, es entonces, condición para la autorización del out-put.

---

<sup>237</sup> Jakobs, Derecho Penal, pág. 981.

<sup>238</sup> Jakobs, La competencia por organización en el delito omisivo, en “Estudios de Derecho Penal”, pág. 351.

Son, al decir de Jakobs, los casos de **asunción del dominio del riesgo**<sup>239</sup> en los que se trata del salvamento de una organización ajena, respecto de riesgos que ya se han introducido en esta organización ajena. Se percibe claramente el paso desde un deber de aseguramiento a uno de salvación cuando el fabricante no desinfecta los pelos infectados (deber de aseguramiento) y hace entrega de éstos a sus empleados para ser trabajados, pero asume la obligación de velar por una asistencia médica oportuna de carácter curativo cuando alguno de sus trabajadores presente síntomas de alguna enfermedad derivada de esos insumos infectados. Asume entonces la eliminación de un riesgo que no pertenece ya, al menos en forma exclusiva, a su propio ámbito de organización. El fundamento de la responsabilidad es que a la persona se le imputa la razón para la renuncia, por el tercero, a una protección de otro tipo. Existe asunción cuando el autor no solo promete una prestación expresa o concluyentemente, sino además cuando da a entender que él, a causa de su promesa, espera y considera adecuado el abandono de otras medidas de protección, lo que en efecto ocurre. Lo importante no es la existencia de un vínculo contractual sino la “conexión fáctica” entre el ámbito de organización propio y uno ajeno. Por eso puede ser garante una persona sin plena capacidad negocial como puede ser la niñera de 15 años, lo que coincide con lo que se concluyó anteriormente al analizar el contrato como fuente de la posición de garantía.

---

<sup>239</sup> Ídem.

Este deber de asunción no es exclusivo de la omisión sino que también se presenta en las prohibiciones (delito de acción). También pertenece a los deberes de salvamento, la **ingerencia**. En éste caso de deber de salvamento es posible encontrar varios ámbitos de organización como eventualmente competentes, o al menos dos: el del ingerente y el de la víctima. En cambio, en los deberes de aseguramiento solo existe un sujeto responsable con relación al dominio del círculo de organización que ha de ser asegurado. Entre los diferentes ámbitos de organización concurrentes en la ingerencia hay que resolver cual está más intensamente obligado a procurar la eliminación de tal riesgo. Jakobs concluye que primará la responsabilidad por ingerencia cuando “la conducta precedente crea un riesgo no permitido para el bien puesto en peligro; pues precisamente en tal caso la puesta en peligro del bien es la consecuencia no sólo desde un punto de vista naturalista, sino también jurídico del comportamiento precedente.”<sup>240</sup> Esto rige aún cuando el titular del bien puesto en peligro se haya expuesto a él imprudentemente.

### **C.3.2.- Deberes en virtud de responsabilidad institucional:**

Constituye para Jakobs casos de conexión de ámbitos vitales de un mundo que idealmente se ha de configurar en parte conjuntamente, es decir, situaciones de

---

<sup>240</sup> Jakobs, Estudios..., pág. 355.

altruismo. Estos deberes derivados de ciertas instituciones solo serán equivalentes a la comisión, si la institución es de la misma importancia básica para la existencia de la Sociedad que la libertad de organización.

Dentro de estos deberes Jakobs sitúa a: la relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial, las relaciones estatales de poder, la función “policial” de velar por la seguridad básica, y por último, el velar por la sujeción a la ley de la Administración y de la Administración de Justicia. Puede apreciarse que se trata de aquellas formas de relaciones sociales respecto a las cuales no existe –al menos en general- ninguna alternativa de organización. El fundamento de la relación paterno-filial se encuentra en el hecho de que el deber se extiende en la medida en que padres e hijos configuran un mundo común, lo cual implica el deber de velar los unos por los otros. Incluye éste autor las relaciones sustitutivas jurídicamente reconocidas como la adopción.

En el matrimonio los deberes derivan de esa institución que apunta a la configuración conjunta del mundo vital. No se extiende este deber de garante a comportamientos contrarios a la voluntad del otro cónyuge responsable, por lo cual, las autolesiones que se provoca uno de los cónyuges de manera dolosa no deberán ser atribuidas por omisión al otro consorte. Por tanto, los deberes que nacen de la institución matrimonio excluyen los asumidos responsablemente por uno de los esposos y, por tanto, se extienden a los que no hayan sido queridos responsablemente por el cónyuge.

No extiende esta fuente de responsabilidad y, por tanto, originadora de deberes de garante, a relaciones similares por cuanto no existen, para éste autor, relaciones jurídicamente reconocidas que sustituyan al matrimonio. Así, las parejas estables homosexuales no estarían afectadas por los deberes que surgen entre los cónyuges por cuanto si así fuese, “quedaría destruido el monopolio del matrimonio.”<sup>241</sup>

Los deberes estatales, según el autor en estudio, nacen cuando no se presenta otra posibilidad de organización, por lo cual se excluye el nacimiento de posición de garante cuando el sometido al poder debe proveerse una posibilidad de organización lo cual sucede por ejemplo cuando un agricultor debe cumplir una pena de privación de libertad y debe descuidar sus cultivos, de los cuales solo el sometido al poder es custodio y, así el Estado, no comete un delito de daños por no organizar esa esfera que es propia del agricultor. “Solo cuando se trata de efectos que no dependen de la organización de la integridad de los bienes del supeditado, sino que afectan a cualquiera, la relación de poder se corresponde con un deber de cuidar como deber de garante, y ello siempre para el auxilio en accidentes ocurridos durante el período de ejercicio del poder.”<sup>242</sup>

Excluye este autor el deber de garante en los casos de actuación responsable del sometido aun cuando esa autolesión sea consecuencia de la sumisión a que está

---

<sup>241</sup> Jakobs, Derecho Penal, pág. 998.

<sup>242</sup> Ídem, pág. 1004.



sujeto el individuo, por cuanto la libertad de organización del sujeto no desaparece por el hecho de someterse al Estado. Así no se respondería de un suicidio del que está privado de libertad, pero la situación cambia cuando además de la actuación del sujeto se ve intensamente vinculada la actividad estatal, como sería el caso del sujeto que está en huelga de hambre, en que el aparato estatal deberá actuar en su rol de garante por que el hecho ya no queda circunscrito en la sola esfera de organización del sujeto sino que está presente el deber del Estado de organizar (en cierta medida) la vida dentro de un centro penitenciario como función institucional y de evitar que ciertas esferas peligrosas conocidas por los agentes del Estado se conviertan en daño efectivo.

Dentro de los deberes estatales se encuentra el de la **previsión social elemental** y que abarca el ámbito del cuidado para la protección contra peligros drásticos en los que está excluido el aseguramiento individual. Puede señalarse dentro de éste ámbito los casos de catástrofes naturales, peligros masivos, daños contra el medio ambiente o peligros de propagación de enfermedades contagiosas. Podrá fundamentarse, por tanto, una responsabilidad por omisión del Estado (más bien dicho de los agentes de éste que tengan a su cargo el ámbito determinado) en los casos de muerte de personas por no haber realizado una vacunación masiva contra una enfermedad contagiosa o por no realizar los exámenes pertinentes a la sangre donada que forma parte del stock de un hospital público que contagia de VIH a los receptores de ésta.

#### **D.- Conclusión:**

El tema de la posición de garantía ha sido largamente debatido por la doctrina y aun no se vislumbra una solución que sea aceptada por la generalidad de ésta, lo cual no puede ser un obstáculo en el estudio que se realiza por lo cual debe decidirse por una de estas soluciones.

A mi juicio, puede descartarse inmediatamente la teoría formal de las fuentes de la posición de garantía por cuanto, como ya se dijo, es imprecisa y solo establece las fuentes del deber de actuación en atención a la fuente formal que le da origen, lo cual deja una serie de vacíos que no permiten precisar en que casos se hará responsable a un sujeto por su omisión.

La teoría de Jakobs considero que no permite aclarar el tema en estudio, por cuanto si bien es bastante sugerente en algunos aspectos, adolece del defecto de su excesiva imprecisión y complicación.

Considero acertado por tanto, acoger la teoría de las funciones propuesta por Armin Kauffman que brinda una sistematización sencilla y fácil de aprehender además de su precisión en la determinación de los casos en que un sujeto se encuentra en la situación de evitar un resultado. Las dos situaciones que originan una posición de garantía (deber de protección de un bien jurídico y control de una fuente de peligro) permiten englobar en ellas las dos formas de

contacto social de una persona con un bien jurídico, ya sea para proteger ciertos bienes jurídicos cercanos a su ámbito de relación social o para el control de una fuente de peligros que puede volverse una amenaza contra los bienes jurídicos de terceros, si bien sin precisar los titulares de dichos bienes basta con imponer al sujeto el deber de actuar eficazmente en el mantenimiento de una situación peligrosa dentro del riesgo permitido para evitar daños a terceros, es decir, la posición de garantía en éste último caso nace con independencia a si el sujeto conocía a los titulares de los bienes afectados.

### **3.2.5.- Producción de un resultado típico y su imputación a la omisión.**

Como se ha señalado con anterioridad el delito de omisión impropio requiere la producción del resultado establecido por la ley ya sea en el delito de omisión impropio específicamente regulado como en el de omisión impropio que se construye en base a un delito de acción.

El resultado consiste en aquel cambio del mundo exterior **causado** por la omisión en el cual se concreta la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. El resultado es consecuencia de la omisión de la acción exigida para evitar tal lesión del bien jurídico. La lesión consiste en el deterioro o destrucción del objeto tutelado por el derecho, mientras que la puesta en peligro

implica que “el bien jurídico permanece incólume, pero su situación se altera, en perjuicio de su seguridad.”<sup>243</sup>

Cada vez que en un delito, ya sea de acción o de omisión, se incorpora a la descripción típica la exigencia de la producción de un resultado, es necesario para la realización del tipo, la existencia de un vínculo de causalidad entre acción y resultado o, en otras palabras, que ese resultado pueda ser conectado lógicamente y valorativamente con la acción u omisión.

Por tanto corresponde analizar la causalidad en el delito de omisión impropio.

Debe señalarse en primer lugar que la necesidad de esta relación causal, generalmente, no es aludida en la tipificación legal, pero es obvio que esta debe existir y lo que sucede es que la ley se limita a sobreentenderla como un elemento que debe concurrir para la determinación de la responsabilidad penal, por lo cual se estima por la doctrina y el legislador, que no es necesario referirse a la necesidad de su concurrencia en cada tipo legal.

Primeramente analizaré brevemente las teorías de la causalidad más importantes y que han sido elaboradas en base a los delitos de acción para, con posterioridad, referirme a la situación de la causalidad en la omisión.

---

<sup>243</sup> Cury, op. cit., Pág. 282.

## 1.- Teoría de la equivalencia de las condiciones.

Corresponde a lo que se ha llamado teorías generalizadoras de la causalidad, las cuales consideran como causa de un resultado a la **totalidad** de las condiciones positivas y negativas que reunidas indivisiblemente contribuyen a la producción del resultado. Por su parte, las teorías individualizadoras pretenden escoger una de las muchas condiciones concurrentes, a la cual consideraran como causa exclusiva de la producción del resultado. Estas teorías individualizadoras reconocen la existencia de muchas condiciones concurrentes en la producción de un determinado resultado, pero lo que no aceptan es la calidad de equivalencia entre ellas, por tanto, afirman que existen condiciones más determinantes que otras en la producción del resultado, y como resulta obvio del conjunto de las condiciones concurrentes en un caso particular, proceden a individualizar una de ellas como causa del resultado.

Esta teoría se debe a Von Buri<sup>244</sup>, quien señala que causa son el conjunto total de las condiciones, tanto positivas como negativas, que concurren en un hecho. Pero como existe la imposibilidad de precisar de que modo y con que intensidad ha influido cada condición en la producción del resultado, este autor concluye que todas las condiciones son equivalentes entre si. Para determinar cuales de las circunstancias concurrentes en la producción del resultado son condiciones del mismo, se recurre al procedimiento de la supresión mental

---

<sup>244</sup> Véase la nota la pie de página siguiente.

hipotética, según el cual, es condición del resultado “toda circunstancia concurrente a su producción, que al ser suprimida mediante una operación mental hipotética, determina la supresión del resultado.”<sup>245</sup>

Se critica esta teoría en los casos de causalidad hipotética, como sería el caso de un fusilamiento ilícito en los cuales se alega que si no hubiese sido A el que ejecutó el fusilamiento lo habría realizado B, con lo cual si se suprime mentalmente el acto de A no desaparece el resultado por lo cual el acto de A no es condición de la muerte pero también se puede eliminar el acto de B sin que desaparezca el resultado, con lo cual se llega al absurdo de que la muerte de la víctima se ha producido sin causa.

Otra crítica es que la teoría en análisis es demasiado amplia por cuanto si se suprime mentalmente a los padres del asesino, este no llegaría a existir y, por tanto, no se producirá el resultado muerte con lo cual se concluye que los padres han sido causa del asesinato, lo que parece un absurdo.

## **2.- Teoría de la causa adecuada.**

Esta teoría parte de la premisa de que en todo resultado existen condiciones que concurren para su realización, pero no todas ellas serán causa del resultado, es

---

<sup>245</sup> Cury, derecho penal, op. cit., Pág. 285.

decir, no estima equivalentes a todas las condiciones como lo hace la teoría de la equivalencia. La condición será el género y la causa la especie, señalando que causa es sólo aquella condición que aparece como generalmente adecuada a la producción del resultado, es decir, será causal una conducta en la medida que posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que solo por casualidad han desencadenado el resultado serán jurídicamente irrelevantes. Si A lesiona levemente a un hemofílico, el cual fallece a causa de la hemorragia, se concluye por esta teoría, que la acción de A no es causa de la muerte a pesar de ser condición del resultado, por cuanto un rasguño **no es adecuado** conforme a la experiencia general, para provocar la muerte de un hombre.

### **3.- Teoría de la causa necesaria.**

Postula que solo debe ser considerada causa aquella condición de la cual el resultado es consecuencia necesaria. Se critica esta teoría en el sentido de que en la realidad es muy difícil determinar esa pretendida necesidad causal.

### **4.-Teoría de la relevancia típica.**

Estima esta teoría que lo que debe buscarse es, ante todo, cuando **la acción típica es causa del resultado típico**, es decir, se debe averiguar si en el caso concreto se da una acción típica a la cual, como su causa, pueda referirse el

resultado típico. Por tanto, deberá existir una acción **matadora** para poder ligarla al resultado homicida. Así, el carpintero que construyó la cama no puede ser causa del adulterio, por cuanto la acción de construir una cama no realiza la acción necesaria para estimar que nos encontramos ante ese delito.

### **5.- La causalidad en la omisión.**

En los delitos de acción la imputación consiste en determinar cuando el autor con su acción ha causado el resultado. Si bien es cierto, en el delito de acción es necesaria la comprobación de la relación de causalidad, esta no es suficiente para la imputación del resultado, por cuanto, puede existir la relación de causalidad pero no se podrá imputar el resultado al autor de la acción y así ocurre en el caso de un homicidio que se produce por un empujón que el sujeto activo dió a otra persona que fallece al caer, ejemplo en el cual se aprecia una relación de causalidad entre el empujón y la muerte, pero si el empujón es leve procedería negar la imputación objetiva por falta de un **riesgo suficiente** en la conducta que resulte adecuado a la gravedad del resultado. Por el contrario, en la omisión impropia nos encontramos con la ausencia de una acción exigida y se suscita la dificultad de determinar cuando o bajo que condiciones se puede imputar el resultado típico a la omisión del garante. Respecto de la omisión, la doctrina ha discurrido desde aquellas posiciones que exigen establecer una relación causal hasta aquellas que niegan la causalidad en la omisión impropia.



Las primeras posiciones que se sustentaron al respecto, establecían o entendían que entre omisión y resultado existía un nexo causal, entendiendo por tal, una relación causal mecánica y de carácter necesario, existente entre un antecedente y un consecuente y, para lo cual recurren a alguna actividad a la que se pudiera reconducir la modificación del mundo exterior. En esta línea se sitúa Luden<sup>246</sup> para quien la acción desarrollada en forma simultánea a la omisión es causal respecto del resultado. Es decir, si el niño muere de hambre por la omisión de alimentarlo por parte de su madre (garante) por cuanto se dedicaba a otra tarea, es esa otra actividad corporal realizada simultáneamente a la omisión la que es causal respecto al fallecimiento. Contra esta teoría se alega que si la madre deja morir al niño por tejer unas medias (actividad corporal simultánea a la omisión) solo puede concluirse que el tejer es causal (desde un punto de vista mecánico-cientificista) con las medias tejidas, pero nunca será causal respecto de la muerte del hijo. Estas teorías han sido llamadas del “aliud agere”, para las cuales se concibe la omisión como la positiva ejecución de un acto distinto en lugar del que se debía haber realizado.

Así, la omisión consiste para estos autores en un “**andershandeln**”, es decir, no es un mero “non facere” (no hacer) sino que consiste en “otra realidad”, una acción diversa a la que se debía y podía desarrollar. Se sostiene que inevitablemente el agente al no hacer algo, necesariamente hace otra cosa y, por

---

<sup>246</sup> Citado por Roxin, op. cit., y Zaffaroni, op. cit.

ende, la causalidad se encuentra en ese “hacer distinto” en lugar del ordenado. Actualmente, Zaffaroni sostiene que la tipicidad del delito omisivo se concreta verificando la diferencia entre la conducta impuesta, y correlativamente descrita, con la efectivamente llevada a cabo, con lo cual adhiere a la tesis del aliud agere expuesta por Luden. La omisión consistiría en hacer algo distinto a lo prescrito. Ante las críticas que se realizaron a esta teoría, (especialmente la formulada por Krug que luego señalaré) Zaffaroni se defiende expresando que la circunstancia de que el obrar alternativo, que lleva a cabo el obligado a actuar, sea lícito o totalmente inofensivo en nada modifica la cuestión, pues el tipo omisivo “tiene por función captar esa situación constelacional, precisarla y, en esa situación constelacional determinada (y no en cualquier otra), desvalorar la acción efectivamente realizada. Así, podrá ser penalmente irrelevante la conducta de jugar con terrones de azúcar, pero no lo es si el que lo hace es el futuro heredero de la tía rica que está muriendo, a un metro de distancia, como consecuencia de una crisis hipoglucémica.”<sup>247</sup> Así debe también ser valorada, según este autor, la conducta de la madre que teje mientras su hijo está a su lado muriendo de sed y, por tanto, la acción de tejer unas calcetas no sería inofensiva, por cuanto el tipo capta un marco situacional en el que desvalora lo único que puede desvalorarse: **una acción**, la acción realizada en forma simultánea a la omisión.

---

<sup>247</sup> Zaffaroni, Slokar y otro, op. cit., pág. 573.

Otra crítica que se formula a la teoría del aliud agere es que puede suceder que el omitente se abstenga de toda acción, de la ejecución de cualquier cosa durante el tiempo en que la acción que hubiese impedido el resultado hubiera sido eficaz.<sup>248</sup> Además resulta claro que entre la acción realizada en el momento de la omisión y el resultado producido, no existe enlace causal desde un punto de vista científico natural y se sostiene que prueba de este aserto sería que esa acción (tejer calcetas por ejemplo) podría ser sustituida por otra (que no fuese obviamente alimentar al menor) o, incluso suprimida, sin que el efecto desapareciera o se alterara (aplicando la teoría de la *conditio sine qua non* como base de ésta crítica). Se ha señalado que la única explicación posible para esta teoría consiste en que ve a la causalidad como una cadena en que basta que cualquier acción del agente ocupe el lugar que tenía reservado para la acción debida, para que sirva como eslabón conductor hacia el resultado. Sin embargo esta forma de concebir la causalidad no es correcta “por cuanto... esa acción distinta de la debida, es indiferente o neutra respecto de la eficacia del proceso causal de la naturaleza, nada agrega de nuevo a lo que de por sí ya poseía.”<sup>249</sup>

Por último, Antolisei<sup>250</sup> señala que existen muchos deberes que no tienen un plazo de incumplimiento instantáneo, sino que pueden ser satisfechos dentro de un término amplio, período dentro del cual el sujeto lleva a cabo innumerables acciones y, dicha pluralidad, impide individualizar la acción **distinta** que representaría el aspecto positivo de la omisión, que permite a ésta corriente

---

<sup>248</sup> Así Antolisei, citado por Roxin, op. cit., pág. 264.

<sup>249</sup> Jaime Náquira, La omisión, pág. 61.

<sup>250</sup> Véase nota al pie 216.

sustentar su concepto de omisión y, en especial, el asunto de la causalidad de ésta.

Por otro lado, Krug, Glaser y Merkel<sup>251</sup> sostienen que la actividad que es causal del resultado, es la que se realiza en forma **anterior** por el omitente y que es la que genera la situación de riesgo que posteriormente no se evita. Su formulación obedece a la necesidad de salvar los defectos de la anterior teoría y, se le ha denominado como teoría del hacer precedente para la cual, el momento causal se encuentra en la acción que precede a la omisión. Merkel fundamenta su posición señalando que una inacción no puede producir efectos, ya que estos presuponen a alguien que los cause y ésta causación no puede encontrarse en fuerzas que no existen, o que existiendo, no se pongan en movimiento, para lo cual recurrirá a la acción precedente como causal del resultado. El punto de partida de Merkel es acertado, puesto que para producir efectos en el mundo es necesario actuar sobre la realidad, pero concluir que la acción previa es causal del resultado es errado, por cuanto, si suprimimos mentalmente el actuar precedente, el resultado no desaparecerá, de lo que es posible concluir que ese actuar precedente no influye en nada en el desarrollo del proceso causal desencadenado, el cual por sí solo, en la mayoría de los casos, tendrá la capacidad de producir el resultado. Es claro que ésta teoría tampoco resiste un examen mas profundo por cuanto, además, sólo se podría dar origen a una omisión impropia en los casos de ingerencia o hacer

---

<sup>251</sup> Posición extraída de los manuales de Roxin, Bustos, Silva Sánchez, citados anteriormente.

precedente, debiendo descartarse los casos en que la posición de garante que fundamenta la omisión impropia, deriva de alguna otra de las fuentes ya analizadas.

Binding y otros autores formulan la “teoría de la interferencia”<sup>252</sup> por la cual asignan a la omisión el valor de una actividad real, cierta, de naturaleza impediendo pues la psiquis humana genera, en tal caso, una energía que interfiere la tendencia o impulso de actuar. Así, la causalidad de la omisión habría que buscarla en la “acción interna” que aplica “el omitente para reprimir sus impulsos de ejecutar la acción que habría evitado el resultado.”<sup>253</sup>

Recuérdese que para Beling la acción se caracteriza por una excitación destinada a poner en movimiento el sistema nervioso y la omisión se caracteriza también por una excitación destinada a frenar los nervios motores, un enervamiento, el dominio de esos nervios impuesto por la voluntad en la cual la omisión es **no hacer nada**. Estas teorías de la interferencia “entendieron la renuncia a la voluntad natural de la evitación como anulación positiva de una condición que impedía el resultado; y vieron así en la omisión un hacer activo.”<sup>254</sup> Binding quiere encontrar la causa del resultado en un movimiento físico de inhibición que el agente debería ejecutar en el momento en que adopta la decisión de no intervenir y el reprimir esa tendencia de actuar exige el

---

<sup>252</sup> Ver Jakobs, Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación, pág. 940 y 941.

<sup>253</sup> Gimbernat Ordeig, op. cit., pág. 32.

<sup>254</sup> Jescheck, op. cit., pág. 562.

despliegue de actividad física, de un movimiento de paralización, de una contracción muscular y, es en ésta exteriorización de voluntad de inhibición, que éste jurista encuentra la causa del resultado.

Como crítica se ha formulado que ésta teoría más que estar destinada a explicar la causa de la omisión se orienta a explicar el motivo psicológico de la misma. Además, esa acción interna de reprimir el impulso de intervenir para evitar el resultado no implica ningún movimiento corporal sino sólo un acto meramente “espiritual” y, por consiguiente, tampoco se puede establecer una causalidad mecánica. Además, como otra crítica, se señala que en la omisión impropia que se verifica con imprudencia inconsciente (en la cual el autor no se representa la situación de peligro ni tampoco el resultado lesivo) tampoco existe ninguna “acción interna” dirigida a refrenar o reprimir un impulso de actuar que ni siquiera el agente se ha representado. Por último, como señala Cury el “hecho de que la exteriorización de la inhibición pueda asumir formas diversas, sin influir para nada en la índole del resultado, evidencia que entre aquella y éste no existe relación causal.”<sup>255</sup>

Además, de aceptarse esta teoría se penaría un proceso interno, lo que contradice los fundamentos del derecho penal que solo se preocupa de la voluntad manifestada.

---

<sup>255</sup> Cury, Orientaciones..., pág. 304.

Al final de ésta evolución se negó, por lo general, la causalidad en la omisión y, por tanto, resulta acertado el juicio vertido por Liszt de que la polémica sobre la causalidad de la omisión fue “una de las más infructuosas que haya sostenido jamás la Ciencia jurídico penal.”<sup>256</sup>

Se niega, generalmente, por la doctrina que exista una causalidad en la omisión en el sentido de una producción real del resultado. Se ha señalado que la causalidad requiere una verdadera fuente de energía que sea capaz de aportar un despliegue de fuerzas, pero esto es precisamente lo que falta en la omisión que es una nada, y que, por tanto, nada puede producir como ya se señalaba en el aforismo “ex nihilo nihil fit”.

Posteriormente han surgido posiciones que afirman la existencia de una relación de causalidad entre la omisión y el resultado, pero ésta causalidad no sería de carácter naturalista sino de carácter lógico-cognoscitivo. Abandonan, por tanto, la creencia de que la relación causal consistiría en un enlace físico-natural entre acción y resultado, postulando que se trataría de una relación causal no mecánica. La relación causal, por tanto, según esta posición debiera ser entendida como una categoría del pensamiento que “pone en relación antecedentes con consecuentes como un **proceso lógico-cognoscitivo** que explica un acontecimiento a partir de las condiciones (positivas y negativas)

---

<sup>256</sup> Liszt, Derecho Penal, citado por Jescheck, op. cit., pág. 562.

que le han hecho posible.”<sup>257</sup> Así planteadas las cosas, para ésta posición, en la producción del resultado han influido tanto las condiciones positivas a su favor como las negativas, que por su ausencia no detienen ese resultado; es decir, la omisión es causal para el resultado, por cuanto en su producción concurren comportamientos positivos orientados a ocasionarlo y la ausencia de ciertos comportamientos (negativos, es decir, una omisión de una acción determinada) que podrían evitarlo. Por tanto, toda modificación del mundo exterior tiene su causa, tanto en las condiciones positivas como en las negativas concurrentes. Así, por ejemplo, serían causa de la colisión entre un tren y un auto, tanto la condición positiva de que se encontraron en un determinado momento en la vía férrea y la condición negativa de que el guardavías no bajó las barreras de protección y, por tanto, se puede concluir, como lo hacen los autores que adhieren a esta teoría, que el resultado no habría sobrevenido si no hubiesen concurrido las condiciones positivas y las negativas y que, por eso, ambas son causales.

Georgakis citado por Gimbernat señala que “Si se concibe la causalidad como una forma de nuestro pensamiento y de nuestro conocimiento y a la relación causal como una vinculación lógico-teórico-cognoscitiva, entonces es evidente que en las omisiones la no evitación del resultado es **causal** para su producción.”<sup>258</sup>

---

<sup>257</sup> Gimbernat Ordeig, La causalidad..., pág. 35.

<sup>258</sup> Georgakis, citado por Gimbernat, La causalidad..., pág. 35.



Concluyendo el análisis de esta postura, se sostiene, por los detractores de ésta teoría, que el omitente no ocasiona el resultado mediante la aplicación real de fuerza, que para ellos es lo distintivo de la causalidad. Pero para los autores que formulan esta teoría de la causalidad como forma del conocimiento, esto no es óbice para constatar que la omisión de una determinada acción y la producción del resultado figuran en una relación conforme a las leyes de la naturaleza. (Así English, Rudolphi, Puppe entre otros).<sup>259</sup> Otro fundamento de esta teoría consiste en que en el delito de acción se recurre a la constatación de la causalidad por medio de la *conditio sine qua non*, es decir, por medio del proceso hipotético de la supresión mental (si suprimo mentalmente la acción y desaparece el resultado, esta es causa del mismo). Postulan que en la omisión se debe aplicar este procedimiento, en un sentido inverso, que consistiría en añadir mentalmente la acción omitida y si desaparece el resultado, la omisión es causa del resultado. Por tanto, en el caso de la omisión así como en la acción, en virtud de los juicios hipotéticos que nacen de esa operación mental, se captan por el pensamiento categorías reales.

Con posterioridad surgen opiniones que niegan la existencia de una relación de causalidad en la omisión y que actualmente son la doctrina dominante en el tema en estudio. Estas posiciones estiman que entre una omisión y el resultado

---

<sup>259</sup> Citados por Gimbernat en *La causalidad...*, pág. 37 y ss.

no existe una relación de causalidad, por cuanto, la omisión se caracteriza por la ausencia de energía (aplicada para producir el resultado) y, por tanto, no causa nada; en cambio, la causalidad se caracteriza por que mediante el uso de energía se influye materialmente en el resultado y así se concluye que la omisión (inactividad), desde un punto de vista científico-natural, en cuanto no pone en marcha cadenas causales en el mundo exterior, no puede influir en la producción de un resultado que requiere de una aplicación de energía para que sea generado. Además sostienen que la causalidad no es una categoría del pensamiento ni un proceso lógico-cognoscitivo, por lo cual niegan que ésta pueda establecerse como la ligazón intelectual entre un antecedente y un consecuente. Ésta pretendida causalidad “intelectual”, como una forma del conocimiento, sólo podría ser verdadera si lo que ella capta es una relación físico-natural que haya existido en la realidad puesto que, como sostiene la doctrina mayoritaria, la causalidad es ante todo una categoría del ser. Este enlace intelectual, por tanto, sólo será correcto cuando coincide con la causalidad físico-natural ya que, señalan estos autores, la causalidad es una realidad **ontológica** que acontece en el mundo real y que es captada por la persona y éste pretendido enlace intelectual sólo será válido si lo captado por el conocimiento humano se corresponde con la realidad, es decir, con la causalidad en su sentido físico. La muerte del niño que no es alimentado por su madre se debe causalmente a un acontecimiento real que será la deshidratación del menor y aquí la inactividad de la madre (no alimentar al menor) no causa la muerte sino que ésta se debe a procesos físicos que corresponderá que los

determine un especialista de la medicina. El hecho de que el menor no habría muerto si la madre hubiera cumplido su obligación es algo que nada tiene que ver con la causalidad entre la omisión y el resultado muerte. “Por ello, la omisión, como tal, nunca es causal. La idea de que entre un no-hacer (es decir, entre algo no real) y un acaecimiento pueda existir una relación de causalidad en la realidad solo puede haber surgido sobre la base de la concepción de que la causalidad no es real, sino algo que sólo existe en el pensamiento.”<sup>260</sup>

Otro fundamento esbozado por la doctrina que niega la existencia de causalidad en la omisión para descartar la existencia de una causalidad intelectual entre omisión y resultado consiste en que, al señalar esta teoría de la causalidad intelectual que un resultado se debe a condiciones positivas y negativas implica que todas esas condiciones tendrían una equivalente capacidad o cualidad causal, lo que es contradictorio con la existencia misma de los delitos de omisión impropia en que además de la no realización de la acción evitadora del resultado se exige la posición de garantía o deber de actuación del sujeto en el caso concreto para la imputación de la producción del resultado, lo que sólo se puede entender como el reconocimiento de que la condición negativa no es equiparable a la positiva en el plano causal. Si así no fuese, todo omitente realizaría un delito de omisión impropia sin importar si es o no garante, por cuanto, la condición negativa tendría la misma capacidad causal que la

---

<sup>260</sup> Arthur Kauffman, citado por Gimbernat, op. cit., pág. 42.

condición positiva. Así, en el choque entre un automóvil y el tren que antes se señaló, en el cual se señala que es condición negativa del mismo el hecho de que el guardavías no hubiese bajado la barrera de protección, se debería concluir que sería autor en comisión por omisión cualquier persona que no bajase la barrera de protección.

De esta opinión es Armin Kauffman que señala “Porque si la no-evitación del resultado es causación del resultado de la misma manera que la producción del resultado, entonces, dentro de la tipicidad no existe espacio para exigencias adicionales en la **omisión impropia**...Si se exige, por ejemplo, para la realización del tipo de homicidio...sólo la causación de la muerte de una persona, entonces, y si se considera que el omitente es causal del resultado, también ésta omisión es ya típica. Y ello no depende de la posición de garante como criterio adicional.”<sup>261</sup>

Por tanto, de acoger el concepto de causalidad que equipara causalmente a las condiciones negativas y a las positivas, deberíamos concluir que toda omisión da lugar a responsabilidad por el resultado de la misma forma y en la misma medida que la comisión. No sería preciso exigir posición de garante en la omisión impropia.

---

<sup>261</sup> Armin Kauffman, citado por Gimbernat., op. cit., pág. 43.

La teoría dominante estima que en la omisión, para imputar el resultado al garante se debe recurrir a una conexión causal no real, sino hipotética y, por tanto, como en la omisión no ha acontecido algo (que era exigido normativamente) que eventualmente habría originado un curso causal diferente (evitación del resultado) sólo se puede establecer un juicio de **probabilidad** de que esa acción omitida habría evitado el resultado. Generalmente los partidarios de esta posición recurren a la teoría de la equivalencia de las condiciones adaptándola a la omisión y así formulan el siguiente criterio para determinar la causalidad: **una omisión impropia será causal de un resultado si agregada la acción omitida in mente, desaparece el resultado**. Partiendo de ésta base recurren a diferentes formulaciones sobre la probabilidad de que la realización del comportamiento omitido hubiese impedido el resultado lesivo. Es así que se habla de “altísima probabilidad”, como lo hace Maurach. Otros autores hablan de una probabilidad del “máximo grado”, o de una probabilidad “rayana en la seguridad o la certeza” o “con práctica seguridad”. No obstante la disparidad de criterios, podemos apreciar que en estas formulaciones se hace presente que en la omisión no se puede establecer de manera categórica una relación causal (cuasicausal), puesto que su determinación se realiza en base a una acción no realizada (suceso no real físicamente), es decir, sólo en relación a uno meramente posible y que, por tanto, escapa a todo cálculo seguro de si esa acción hubiese evitado el resultado, consecuencia lógica de la limitación de la capacidad humana de conocimiento. Resulta adecuado denominar a estas posiciones como teorías de la causalidad hipotética. Como ya se dijo en el

delito de omisión impropia se debe recurrir a una acción esperada, es decir, a un fenómeno hipotético y será el juez el que deberá determinar que acción humana debiera haberse realizado por el omitente para evitar el resultado, y será, por tanto, decisivo el juicio de experiencia general sobre el probable efecto de la acción omitida.

Una consecuencia de suma importancia para esta teoría es que si se aprecia que la acción omitida sólo hubiera evitado el resultado con una probabilidad que no linde en la certeza o no sea rayana en la seguridad, el omitente sería responsable de una tentativa si actúa dolosamente o, si se trata de un delito imprudente quedaría impune, por cuanto no se presentaría la relación de cuasi-causalidad que se exige en el delito consumado. (El delito imprudente sólo se sanciona en grado de consumación). Piénsese, por ejemplo en el caso de una grave enfermedad y en que el médico omite un procedimiento quirúrgico que raras veces tiene éxito para detener el avance de la enfermedad, ante lo cual debe preguntarse si la ejecución de la acción (tratamiento médico) hubiese evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza, si la respuesta fuese negativa, es decir, que no existe la seguridad de que la acción omitida hubiese evitado la producción del resultado solo podría incriminarse por tentativa.

Se critica esta teoría en el sentido de que resulta muy difícil determinar cuando existe esa probabilidad rayana en la certeza de que la acción omitida hubiese evitado el resultado si se hubiere realizado y solo puede hablarse de una mayor

o menor posibilidad pero nunca de certeza. Lo mismo puede señalarse de todas las posiciones que exigen que la acción hubiese evitado el resultado con **certeza, o seguridad total**. Resulta claro que si para condenar por un delito de omisión impropia se exigiera una certeza absoluta de que la acción omitida hubiese evitado el resultado, llegaríamos al absurdo de que la mayoría de los casos en que habitualmente se condena por uno de estos delitos en grado de consumación, debiera estimarse una tentativa por no existir la pretendida relación de cuasi-causalidad entre antecedente y consecuente. Una crítica certera formula Stratenwerth en los siguientes términos: “Esto (la fórmula de la probabilidad rayana en la seguridad) tiene la consecuencia –inaceptable en la práctica- de que solo debería emprenderse el intento de salvar un bien jurídico amenazado cuando no se pudiera dudar prácticamente del éxito, pero no cuando “solo” se elevaran sus posibilidades de salvación. Si los padres de un niño gravemente enfermo omiten, por ejemplo, avisar al médico, entonces, y según la doctrina dominante, solo responderían de la muerte del niño si, con el tratamiento medico, hubiera podido salvar la vida con una máxima probabilidad; en cambio, en una enfermedad con un alto índice de mortalidad podrían renunciar desde un principio al auxilio medico.”<sup>262</sup>

En base a estas críticas surge la teoría de la disminución del riesgo, que postula que para imputar un resultado a una omisión se debe atender a si la acción

---

<sup>262</sup> Stratenwerth, citado por Gimbernat, La causalidad en..., pág. 66.

omitida hubiera “disminuido el riesgo” de producción del resultado. Por tanto, como señala la doctrina, en el delito de omisión impropia el deber de actuar del garante no debe fundarse en el hecho de existir una probabilidad rayana en la seguridad de evitación del resultado, sino que deberá actuarse en todos aquellos casos en que la acción pueda disminuir esencialmente el peligro a cuya evitación se encuentra obligado el garante.

La doctrina de la disminución del riesgo ha sido criticada en el sentido de que constituye una infracción al principio del “**in dubio pro reo**”, por cuanto, amplía enormemente la responsabilidad en el campo del delito omisivo, en perjuicio del imputado, por cuanto, ya no sería necesaria una certeza sino solo una disminución de riesgo, lo que constituye un requisito menor para imputar un resultado a una omisión.

## **6.- La imputación objetiva.**

Conviene centrar nuestro estudio de este tema en la imputación objetiva que considero la solución correcta en este tema que tanto ha complicado a la doctrina penalista. Para esta teoría el decidir que clase de vinculación debe existir entre resultado y la conducta es una cuestión jurídico-penal que, por tanto, solo puede resolverse desde la óptica del Derecho Penal, es decir, desde



un punto de vista normativo y no desde uno de carácter ontológico y prejurídico como es la causalidad.

Debe señalarse primeramente que son muchos los autores que concluyen que la teoría de la causalidad hipotética, analizada anteriormente, no es más que un criterio de imputación objetiva del resultado al omitente-garante que se basa en la idea del incremento del riesgo. Claramente lo señalan Susana Huerta y Emilio Octavio de Toledo para quienes “cuando la infracción del deber de actuar, por parte de quien está en una posición de garantía, haya **incrementado el riesgo** de aparición del resultado típico (porque pueda afirmarse que si el garante hubiera actuado conforme al mandato, dicho resultado podía haberse evitado), le será **objetivamente imputado** tal resultado típico al omitente-garante. No, por tanto, porque lo haya causado, sino porque no lo ha evitado cuando podía hacerlo.”<sup>263</sup> De la misma opinión es Jescheck para quien “en la actualidad, se aplicará en su lugar (se refiere a las teorías de la causalidad hipotética) la teoría de la imputación objetiva.”<sup>264</sup>

La teoría de la imputación objetiva parte del supuesto de que al ordenamiento jurídico no le interesa establecer si una acción es causa de un resultado en un sentido físico-naturalista, sino que lo que debe determinarse es si y en que casos es posible imputar normativamente un resultado a un determinado

---

<sup>263</sup> Susana Huerta y Emilio Octavio de Toledo, Derecho Penal, pág. 585. Lo destacado es mío.

<sup>264</sup> Jescheck, op. cit., pág. 564.

comportamiento humano. En párrafos anteriores ha quedado establecido que en la omisión impropia no es necesario establecer un vínculo de causalidad, sino que en estos casos será preciso establecer como se realiza la imputación objetiva del resultado a la omisión. Es decir, la teoría de la imputación objetiva tiene como objetivo resolver, desde un punto de vista normativo, la atribución de un resultado penalmente relevante a una conducta con miras a establecer la responsabilidad penal. En el tema de la omisión impropia, el determinar la equiparación desde el punto de vista jurídico penal del “no hacer” con el “hacer”, es sin duda un problema de imputación objetiva, en otras palabras “el **poner a cargo** de una persona un resultado por no haberlo impedido (como si lo hubiera causado), es un problema de atribución normativa.”<sup>265</sup>

Podemos decir que la imputación es posible cuando la conducta humana ha **creado un peligro jurídicamente desaprobado y éste se ha realizado en el resultado**. La falta de creación de peligro conducirá, por tanto, a la impunidad, mientras que la falta de realización del peligro en una lesión típica del bien jurídico solo conducirá a estimar que no existe consumación pero si tentativa. Veámoslo con un ejemplo: si envío a mi enemigo al bosque durante una tormenta con el deseo de que muera alcanzado por un rayo, falta la acción homicida por cuanto el hecho de enviar a alguien al bosque no crea un peligro jurídicamente relevante para el bien jurídico. Esta es la solución propuesta por

---

<sup>265</sup> Nelson Pessoa, Imputación objetiva y el concepto de acción, en Teorías actuales en el Derecho Penal, pág. 200.

Roxin y que difiere de la propuesta de Welzel para quién en este caso concurre la causalidad pero se debe excluir la punición por ausencia de dolo. Ante esto Roxin señala que esa solución no es convincente pues “es indiscutible que el autor subjetivamente quería exactamente aquello que ha producido objetivamente; y la planificación y el curso real coinciden entre sí.”<sup>266</sup> En concepto de Roxin la imputación permite primeramente indicar las circunstancias que hacen de una causación (muerte) una acción típica (acción homicida) y, posteriormente, procederá determinar si concurre o no el elemento subjetivo. Por tanto, la posición de Welzel adolece del defecto de negar lo que resulta claro: la presencia de dolo. Por otro lado, para el caso de no realización del peligro en una lesión típica, es común citar el ejemplo de A que dispara sobre B con dolo homicida, éste solo recibe una herida leve y concurre al hospital para recibir tratamiento, pero muere a causa de un incendio que se produce en el mismo. La solución que se señala es la condenar por tentativa de homicidio pero se señalan diferentes argumentos para tal solución: Welzel dirá que falta el dolo homicida, por cuanto éste ha de extenderse al curso causal concreto con lo cual se vuelve a desplazar el problema a la parte subjetiva; Roxin señala que este es un problema de imputación objetiva en que el resultado no es **realización del peligro** y, además, si se sanciona por tentativa procede afirmar la concurrencia de dolo homicida por lo cual la solución de

---

<sup>266</sup> Roxin, op. cit., pág. 362.

Welzel resulta contradictoria al negar el dolo de matar en el delito consumado pero afirmarlo en el caso de la tentativa.

Los criterios que son utilizados por la teoría de la imputación objetiva se pueden reseñar de la siguiente manera: la **disminución de riesgos**, la **creación o no de un riesgo desaprobado jurídicamente**, el **aumento del riesgo permitido** y la **esfera de protección de la norma**.<sup>267</sup>

El principio de la **disminución del riesgo** implica que no deben imputarse al sujeto los resultados típicos de su acción cuando aquella ha significado una disminución del peligro corrido por la víctima, como sucederá por ejemplo en el caso de una persona que causa lesiones a otra al empujarla al suelo para evitar que la golpee un florero que cae desde un edificio. Resulta claro que el motivo para no imputar el resultado al autor reside en el hecho de que la disminución del riesgo no puede ser considerada como una puesta en peligro del objeto material jurídicamente prohibida que, como veíamos, es uno de los pilares de la imputación objetiva (creación de un peligro desaprobado jurídicamente). Falta, por tanto, una creación de riesgo y con ello la posibilidad de imputación, si el autor con su actuar modifica un curso causal de tal forma que disminuye el peligro ya existente para la víctima y, por tanto, mejora la

---

<sup>267</sup> Análisis realizado en base a Cury, Derecho penal, parte general, 7ª edición, 2005, pág. 299 a 303.

situación del objeto de la acción. Resultaría un absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido.

El principio de la **creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante** implica que el resultado típico será imputado al autor en la medida que la acción u omisión hayan creado para el bien jurídico un riesgo o peligro jurídicamente desaprobado y no cuando el riesgo provocado es de aquellos cuya realización el Derecho tolera. Puede incluirse aquí los casos de riesgos socialmente adecuados, en los cuales no procede la imputación cuando a pesar de existir un riesgo no despreciable, el mismo carece, por su utilidad social, de relevancia típica en materia penal. Señala Roxin que cabe rechazar la imputación al tipo objetivo cuando “el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente considerable.”<sup>268</sup> En esto se aprecia que el Derecho no toma en consideración ciertos riesgos socialmente adecuados que acompañan a ciertas conductas, aunque esas conductas, en situaciones excepcionales, puedan dar origen a la lesión de un bien jurídico. Por tanto, ciertas conductas pueden ser causales de un resultado pero no podrá predicarse la imputación por no existir una acción que haya creado un riesgo mensurable o, si bien existiendo ese riesgo, no se ha incrementado por el sujeto.

---

<sup>268</sup> Roxin, op. cit., pág. 366.

El **aumento del riesgo permitido** puede explicarse como aquel que permite la imputación de un resultado típico cuando el autor ha realizado una conducta que aumentó el riesgo de su producción más allá de lo permitido. Solo el hecho de rebasar el riesgo permitido crea un peligro, cuya realización hace imputable el resultado como acción típica. La vida en la sociedad moderna implica una serie de riesgos que deben ser aceptados como costo del progreso, lo que puede apreciarse en el ámbito del transporte que nadie niega genera una serie de riesgos aceptables, o al menos aceptados socialmente, pero que encuentran una limitación social y normativa (velocidades máximas de circulación, distancia con otros vehículos, etc.) y mientras la persona se desenvuelva respetando esos límites no se le podrá imputar un resultado lesivo, pero si su actuar supera ese riesgo tolerado y produce un resultado lesivo a un bien jurídico se deberá afirmar la imputación del mismo. El riesgo permitido se puede explicar, entonces, como una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo. La referencia a las causas de justificación la refiero especialmente al caso del estado de necesidad en el cual es necesario una ponderación de los bienes jurídicos en juego (el daño causado debe ser menor que el que se trata de evitar) por lo cual de aceptar el riesgo permitido se aceptará una lesión a un bien jurídico tal vez de mayor importancia que los relativos a los intereses en el tráfico viario, y por tanto, no habría imputación (responsabilidad penal finalmente) mientras el actuar en el tráfico se realice cumpliendo con las reglas

de cuidado pertinentes. Aceptando la teoría del riesgo permitido estos casos se resuelven a nivel de la tipicidad evitando todo análisis relativo a la antijuridicidad de la conducta. Para concluir, procede la exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido.

Por ultimo, el principio de la **esfera de protección de la norma** se puede explicar como aquel que establece que no procede la imputación del resultado, aunque haya sido causado por la conducta del autor, cuando la situación en su contexto no es de aquellas que la norma penal se propuso evitar. Ejemplo: no procede imputar el resultado muerte, al autor de una herida homicida, cuando la persona herida fallece a causa de un accidente en su traslado al hospital o en un caso de omisión procede descartar la imputación objetiva del resultado cuando la madre que deja de alimentar a su hijo por un período largo de tiempo, situación que es descubierta por un tercero y al ser trasladado al hospital, el hijo muere en un accidente de tránsito. Es decir, el peligro creado para el bien jurídico no se ha concretado en el resultado muerte, por lo cual solo se podría sancionar a la madre del ejemplo por una tentativa de homicidio. Éste es el caso de que el riesgo no permitido no se realiza en el resultado, es decir, falta la realización del peligro. Concorre en estos casos un riesgo no permitido pero éste no se materializa en el resultado, aunque causalmente lo ha producido, entendiendo que si lo eliminamos mentalmente (el riesgo no permitido) el resultado no se produciría como resulta patente en los casos expuestos. Una aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones nos llevaría al

absurdo de propugnar la causalidad y, por tanto, la responsabilidad penal por un delito consumado.

Actualmente algunos autores añaden como criterio de exclusión de la imputación objetiva, las hipótesis de **actuación plenamente responsable del ofendido** por cuanto en estos casos el resultado es imputable a la esfera de riesgo de la víctima y se cita el ejemplo del consumo conjunto de heroína debido al cual fallece uno de los consumidores, en el cual si bien puede apreciarse prima facie una posición de garantía no podría fundarse un criterio de imputación en base a que el sujeto que murió se expuso voluntariamente al riesgo, diferente sería la situación si el fallecido hubiese corrido el riesgo a petición del otro consumidor que se erige como garante de que ese consumo no producirá un resultado nocivo.

### **Conclusión en torno a la imputación objetiva.**

Considero que en la omisión impropia se debe centrar la atención, especialmente, en 2 principios de los analizados que son: el del incremento del riesgo y el de la disminución del mismo. Debe también considerarse el principio de la esfera de protección de la norma.

El segundo de ellos implica determinar si la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado si se hubiera realizado. El primero puede



entenderse como si la omisión implica un aumento del riesgo de la situación dada, lo cual en ciertos casos podrá suceder pero no considero que sea lo normal, por lo cual este criterio de imputación es plenamente aplicable a la acción pero no a la omisión. Ejemplo: si encuentro a mi hijo intoxicado por drogas y no lo auxilio, mi omisión no aumenta el riesgo de la situación sino que solo implica una mantención del mismo, mientras que procedería la imputación del resultado a mi omisión en la medida de que si se hubiese ejecutado la acción exigida se habría disminuido el riesgo de producción del resultado. Gimbernat en su obra “Causalidad, omisión e imprudencia” establece como criterio de imputación el del aumento del riesgo especialmente para el delito imprudente que se caracteriza porque el resultado es causado por un foco de peligro que se transforma de permitido en ilícito en el cual se parte de la base que la ley tolera un cierto riesgo solo en la medida en que no excedan de un determinado índice de peligrosidad y en el cual se prohíbe cualquier desequilibrio que lo eleve por sobre el nivel del riesgo permitido y en que el omitente no aplica las medidas de precaución para impedir la **expansión** del foco de peligro mas allá de lo permitido. Entonces se imputa el resultado al omitente por cuanto la acción omitida hubiese controlado el riesgo y, por tanto, la omisión ha desestabilizado un foco de peligro que se encontraba dentro de los márgenes de lo permitido y así el resultado sería imputable al garante por cuanto ha aumentado el riesgo.<sup>269</sup>

---

<sup>269</sup> Para mayor análisis de la posición de Gimbernat confróntese “Causalidad, omisión e imprudencia” en “El Derecho Penal hoy” libro homenaje al Profesor David Baigún.

A mi juicio, procede establecer la imputación cuando la acción omitida hubiese tenido la capacidad de disminuir el riesgo que, existiendo, generalmente proviene de un curso causal externo al sujeto. El deber de protección del garante no se limita, por tanto, a aquellos casos en que su acción hubiese evitado el resultado en forma segura o, como antes decíamos, con una **probabilidad rayana en la certeza**, sino que su actuación es siempre necesaria si es apropiada para disminuir el riesgo o peligro para el bien jurídico. De esta forma se prescinde de la necesidad de recurrir a criterios probabilísticos en cuanto a si la acción omitida hubiese evitado el resultado con mayor o menor seguridad y se centrará el análisis en la aptitud de la acción para disminuir el riesgo. Así, en el caso de un médico que no opera cabe preguntarse si la operación hubiese disminuido el riesgo de muerte, en caso de respuesta positiva debe propugnarse la imputación. Incluso cabe introducir en esta sistemática aquellos casos de enfermedades con alto riesgo de muerte o que carecen de tratamientos eficaces, en las cuales no podrá decirse que la acción omitida del médico hubiese tenido esa aptitud de disminuir el riesgo.

Debe afirmarse, por tanto, la imputación aun en los casos en que el comportamiento alternativo conforme a Derecho hubiese evitado el resultado solo probablemente y no con seguridad, por cuanto, en estos casos de conducta alternativa conforme a derecho (si concurre un incremento del riesgo o la acción omitida hubiese tenido la capacidad de disminuir el riesgo existente) se presenta un riesgo prohibido el cual se materializa en un resultado lesivo típico.

Por tanto, la teoría de la imputación objetiva sirve adecuadamente a la función de vincular desde un punto de vista jurídico, un resultado con una omisión determinada, además de cumplir el importante rol de circunscribir las posiciones de garantía como se vió al estudiar el actuar precedente y las limitaciones impuestas por Roxin.

### **3.2.6.- Capacidad de evitar el resultado.**

Al analizar el concepto de omisión señalábamos que algunos autores incluían en ese concepto el requisito de la posibilidad de evitar el resultado. También decíamos que el finalismo incluía ese elemento en su definición de omisión señalando que ésta consiste en “un no hacer una **acción posible** subordinada al poder final del hecho de una persona concreta.”<sup>270</sup> La omisión, por tanto, consiste para el finalismo en el no ejercicio de una finalidad potencial. En ese capítulo se criticaba este concepto y se concluía que no permitía otorgar un concepto satisfactorio de la omisión, pero se reconocía el importante aporte del finalismo que consiste en incorporar al concepto de omisión el elemento de la capacidad de evitar el resultado y que es adoptado por la doctrina posterior al finalismo.

---

<sup>270</sup> Welzel, op. cit., pág. 277.

Welzel señala que en el delito de omisión impropio se requiere la capacidad para evitar el resultado y que presupone: 1.- el conocimiento de la situación típica; 2.- la posibilidad de reconocer la vía para evitar el resultado (capacidad de planeamiento para evitar el resultado) y; c.- la posibilidad real-física de evitar el resultado.<sup>271</sup>

De la misma opinión es Zaffaroni que señala que “**el tipo objetivo omisivo requiere que la conducta debida sea físicamente posible**, lo que funda en el principio general del derecho que impide que éste ordene lo imposible.”<sup>272</sup> Puede concluirse que no existirá omisión cuando no exista la posibilidad de prestar auxilio.

En Chile, Don Mario Garrido adhiere a las ideas señaladas y expone que dentro de los elementos de la tipicidad del delito de omisión impropia se encuentra el de que “el sujeto haya estado, en el caso específico, en situación de realizar la actividad que de él se esperaba (que la madre se haya encontrado en la posibilidad de alimentar o abrigar al menor)”,<sup>273</sup> refiriéndose al caso de la muerte del hijo o un detrimento en su salud. Otros autores que también exigen la posibilidad de acción son Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán.<sup>274</sup>

---

<sup>271</sup> Ídem, pág. 291 y ss.

<sup>272</sup> Zaffaroni, Manual de derecho penal, parte general, pág. 451. Destacado en el original.

<sup>273</sup> Mario Garrido, op. cit., pág. 187.

<sup>274</sup> Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Derecho penal, parte general, pág. 266.

Se ha señalado anteriormente que en el delito de omisión impropia se requiere la producción de un resultado consecuencia de una cadena causal normalmente ajena al omitente y que se equipara a la producción del mismo por una conducta activa por la existencia de un especial deber de evitación para ciertas personas (garantes) que debe evitar la producción de ese resultado. Pero en la construcción del delito de omisión impropia no solo basta la concurrencia de una posición de garantía y de una equivalencia estructural entre el hacer (comisión) y el omitir, sino que es necesario que exista la **posibilidad real de actuar** en el caso concreto en atención a las circunstancias de tiempo y lugar. Este elemento de la posibilidad de actuar también se encuentra presente en los casos de omisión propia y así el artículo 494 N° 14 dispone que incurrirá en una omisión de socorro el que “no socorriere o auxiliare a una persona que encontrare en des poblado herida, maltratada o en peligro de perecer, **cuando pudiese hacerlo sin detrimento propio.**” No puede exigirse a una persona que cumpla el mandato que surge de la norma cuando su cumplimiento implica un grave riesgo para su vida o su integridad física. Ante una situación de riesgo para el sujeto que omite se estima que la omisión sería atípica. Omisión es, por tanto, no actuar voluntariamente una cierta acción posible, siempre y cuando esa posibilidad de actuar sea real, no importando si existe o no conciencia de que se está dejando de realizar la posibilidad de actuar de que se trate (generalmente cuando no exista conciencia de que se está dejando de realizar una posibilidad de actuar se configurará un delito culposos).

Por tanto, si no existe la posibilidad de actuar por el garante se debe afirmar la exclusión de punibilidad a nivel típico por el hecho de que no se ha verificado una omisión. Ejemplo: un salvavidas no socorre a una persona que se estaba ahogando en la piscina por la circunstancia de haber sido detenido violentamente en su intento de salvamento por otras personas y finalmente se produce el resultado muerte. En este caso no existe una omisión por parte del salvavidas por cuanto carecía de la posibilidad de actuación, por lo cual no existe responsabilidad penal del salvavidas y deberá determinarse la responsabilidad de los terceros que intervinieron en la detención de éste. Así Juan Bustos señala que “El individuo ha de estar en situación objetiva psicofísica de llevar a cabo la acción mandada.”<sup>275</sup> Además estima este autor que tal capacidad existe aun cuando el individuo sea incapaz de realizar la acción por si mismo, ya que en ese caso su obligación de actuar se traduce en la de inducir a otro a la ejecución de la acción ordenada y señala el ejemplo del paralítico que ve que alguien se esta ahogando y que tendrá la obligación de llamar al encargado de la piscina. Esta capacidad de acción como requisito del concepto de omisión nos lleva a concluir que puede presentarse un caso de fuerza irresistible como causal de atipicidad.

Para determinar la posibilidad de actuación de un sujeto se debe partir de la consideración de un hombre normal pero situado en la posición del omitente, con sus conocimientos y capacidades especiales. Ej.: no podrá exigirse a un

---

<sup>275</sup> Bustos, Lecciones..., pág. 208.

padre que socorra a su hijo que cuelga de la pared de un acantilado cuando éste no tiene conocimientos ni capacidades físicas especiales para el alpinismo, pero si podrá exigirse una actuación (y reprocharse la omisión) al experto alpinista que guía la expedición, por cuanto, en este último si existe la posibilidad de acción en atención a sus especiales conocimientos y habilidades. Jescheck estima que esta capacidad de acción debe referirse a una persona que está en “plena posesión de los conocimientos y facultades del hombre medio”<sup>276</sup> pero la cuestión de la tipicidad de la omisión debe referirse “a la persona individualizada que entra en consideración como autor en el caso concreto, pues solo la omisión de una acción que hubiera sido posible precisamente para **éste** puede tener **cualidad de injusto.**”<sup>277</sup> Es decir, al tipo del delito de omisión pertenece una capacidad individual de acción que debe considerar las capacidades especiales del sujeto (fuerzas físicas, conocimientos técnicos y facultades intelectuales), además de requerir en este el conocimiento de la situación típica y la proximidad espacial.

### **3.3.- EL TIPO SUBJETIVO EN LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA.**

#### **3.3.1.- El dolo.**

---

<sup>276</sup> Jescheck, op. cit., pág. 560.

<sup>277</sup> Ídem. Destacado en el original.

### **Visión general:**

Tradicionalmente se ha definido el dolo como el conocer los elementos del tipo y querer su realización. Los elementos de dicho concepto son, por tanto, un elemento volitivo y uno cognoscitivo y así diremos que el dolo consiste en "el conocimiento de la acción a realizar y en la voluntad de llevarlo a cabo."<sup>278</sup> Pero en el tema en estudio se presenta la dificultad de determinar si el dolo en la omisión puede revestir la misma estructura que en los delitos de acción. La doctrina mayoritaria señala que el dolo en la omisión solo requiere la presencia del elemento cognoscitivo y no del elemento volitivo. No se requiere la voluntad de realizar el tipo omisivo, que quiera no realizar la acción esperada, tan solo se requiere que se tenga el elemento cognoscitivo. (Algunos autores dan el nombre de cuasi dolo a este elemento subjetivo así descrito).

Antes de entrar al estudio del dolo cabe hacer una breve referencia a la ubicación sistemática del dolo. Para el causalismo el dolo se encontraba en la culpabilidad como la relación psicológica del autor con su hecho. Para el causalismo era irrelevante, como ya se vio en el concepto de acción del causalismo, la dirección de la voluntad para la construcción del hecho doloso y por tanto como consecuencia lógica concluía que el lugar del dolo era la culpabilidad. Con posterioridad es el finalismo el que ubica el dolo en el tipo

---

<sup>278</sup> Mario Garrido Montt, *Nociones fundamentales de la teoría del delito*, pág. 186.



como bien lo señala Roxin "...la ubicación del dolo... en el tipo sólo se efectuó más tarde por influencia de la teoría final de la acción."<sup>279</sup> Así las cosas se puede concluir que el dolo en el esquema del finalismo es valorativamente neutro o como se le ha dado en llamar un dolo natural en oposición al dolo del causalismo que era un " dolus malus" por cuanto el dolo era una forma de la culpabilidad.

Se ha señalado por la doctrina que la función de la norma jurídico-penal es lograr la motivación de sus destinatarios para que eviten llevar a cabo ataques que lesionen los intereses jurídicamente protegidos por una tipificación legal. Por esencia la norma penal pretende determinar la conducta de sus destinatarios para que la adecuen a lo establecido por el Derecho. Tales normas por tanto se dirigen a sujetos capaces de determinarse y adecuar su actuar a lo exigido por la norma, lo que harán bien en atención a la prohibición de actuar que establece la norma, evitando dirigir su conducta hacia determinados fines (prohibición de conductas finales, por tanto dolosas) o bien en atención al mandato contenido por la norma de observar el cuidado necesario para evitar la afección de bienes jurídicos (prohibición de comportamientos imprudentes). Cuando la ley tipifica dichas conductas "la norma penal las describe incluyendo en la descripción bien la voluntad de alcanzar los fines que prohíbe lograr por atentar contra los intereses que quiere proteger, bien la de infringir el deber objetivo de cuidado

---

<sup>279</sup> Roxin, op. cit., pág. 307.

cuya observancia normalmente impide que los bienes jurídicos resulten afectados.”<sup>280</sup> Por tanto se puede concluir que la norma penal prohíbe la realización de conductas finales que ocasionen los resultados prohibidos y no solo pretende evitar determinados resultados. Solo la conducta dirigida a fines puede ser prohibida como delito doloso por lo cual es lógico que sólo la conducta final (dolosa) pueda considerarse contraria a la prohibición contenida en la tipicidad dolosa. Como bien señala Susana Huerta Tocildo “De donde se deduce que el tipo de lo injusto de los delitos dolosos únicamente puede motivar a los ciudadanos a evitar conductas finales, esto es, conductas llevadas a cabo con conocimiento de los hechos y voluntad de realizarlos. Así, el tipo de lo injusto del homicidio doloso pretende evitar que el individuo dirija su conducta al objetivo de matar a otra persona (sepa o no que ello está prohibido), sin que, desde el punto de vista imperativista, quepa sostener que dicho tipo se limita a prohibir resultados de muerte, ya que éstos pueden ser ocasionados incluso en el supuesto de que el sujeto se haya motivado conforme a la norma (por ejemplo, el conductor prudente que “mata” al suicida que se arroja bajo las ruedas de su vehículo).<sup>281</sup>

---

<sup>280</sup> Susana Huerta Tocildo, op. cit., pág. 122.

<sup>281</sup> Ídem, pág. 123.

## **A.- Definición de dolo.**

Tradicionalmente se ha definido el dolo como el conocer y querer de la realización típica. Según el finalismo "el dolo incluye únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto y no requiere que se advierta que dicha realización es **antijurídica**."<sup>282</sup> Es decir el dolo no requiere según esta corriente doctrinaria que se tenga conciencia de la antijuridicidad de la conducta, lo cual si se exigía por el causalismo (el causalismo señalaba como elementos del dolo el conocimiento y voluntad de los hechos y la conciencia de su significación antijurídica o conocimiento del derecho). Según esto, en el esquema del finalismo (adoptado mayoritariamente por la actual doctrina en este punto) podemos encontrarnos ante un actuar típico pero no antijurídico. Maurach también sostiene que el dolo no comprende el conocimiento de la antijuridicidad y así el carácter doloso del actuar no es afectado por el desconocimiento que tenga el autor de la prohibición establecida por la norma.

El dolo se caracteriza básicamente por el "conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera

---

<sup>282</sup> Mir Puig, op. cit., pág. 240.

concreta un determinado objeto protegido.”<sup>283</sup> Mas adelante este autor concluye que la persona que conoce el peligro concreto que genera su acción peligrosa para otra persona obra con dolo por cuanto “sabe lo que hace”, es el llamado elemento cognoscitivo del dolo y que implica la aceptación del resultado que se produzca sin exigir este autor una voluntad de realización, lo que es acorde con la ultima doctrina en este tema que propugna como único elemento del dolo el “conocer” prescindiendo del “querer” o, mas bien dicho, teniéndolo por concurrente al existir el conocimiento de los elementos del tipo. Jiménez de Asúa señala que “es dolosa la producción de un resultado típicamente antijurídico....cuando se realiza con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior.”<sup>284</sup> Además este autor agregaba al dolo el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, pero actualmente se excluye este elemento del concepto de dolo. Roxin por su parte define el dolo como “saber y querer (conocimiento y voluntad”) de todas las circunstancias del tipo. Cerezo Mir lo define como “la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo.”<sup>285</sup> Por su parte R. Maurach señala que “**El dolo, conforme a**

---

<sup>283</sup> Bacigalupo, op. cit., pág. 225.

<sup>284</sup> Jiménez de Asúa, Tratado de derecho penal, pág. 147.

<sup>285</sup> José Cerezo Mir, Curso de derecho penal español, Parte General, tomo 2, pág. 123.

**la fórmula más universal, es el querer, regido por el conocimiento, de la realización del tipo objetivo.”<sup>286</sup>**

Puede apreciarse que la mayor parte de de la doctrina exige la concurrencia de 2 elementos en el dolo: un **elemento intelectual** (conocer) y un **elemento cognoscitivo** (querer).

La doctrina ha discutido desde hace mucho tiempo si el dolo requiere conocer y querer (teoría de la voluntad) o solo el conocer (teoría de la representación) pero como ya se dijo la doctrina mayoritaria se inclina por exigir la concurrencia, tanto del conocimiento como la voluntad pero últimamente la moderna dogmática del derecho penal ha puesto en duda que el dolo requiera estos dos elementos y solo exigen la concurrencia del elemento cognoscitivo y la evolución en este sentido comenzó en el ámbito del delito de omisión en los cuales se estima que las formas mas graves de estos delitos no se pueden fundamentar en una inexistente voluntad de realización y así se ha dicho que el que omite no quiere realizar algo y solo deja que los hechos sigan su curso sin su intervención,<sup>287</sup> punto de vista que se ha extendido al delito de acción “En el delito activo el elemento volitivo (el querer del autor del hecho que se representa) resulta, en realidad superfluo, dado que es evidente que quien

---

<sup>286</sup> R. Maurach, op. cit., pág. 302.

<sup>287</sup> De esta opinión son Armin Kaufmann en su obra “Die dogmatik der unterlassungdelikte”, Jakobs, Frisch, Schmidhäuser entre otros, citados por Zafaronni y otros, Derecho penal, pág. 324; Jakobs, Derecho penal, pág. 1012 a 1018 citando especialmente a Kaufmann de la obra Die dogmatik der unterlasungsdelikte, pág. 66, 110, 120, 309 y ss.

conoce el peligro concreto generado por su acción y actúa es porque, al menos tiene una clara actitud de menosprecio por la seguridad del bien amenazado.”<sup>288</sup>

De esta posición es Mir Puig que señala que quien “realiza un comportamiento humano (voluntario) conociendo los elementos que lo hacen típico, actúa ya, sin mas, con la voluntad consciente que caracteriza al dolo” y si la persona que realiza una conducta de matar no concurriendo ninguna causa que excluya el comportamiento humano y sabiendo que mata, necesariamente, en el concepto de este autor, mata con dolo. Así este autor concluye que al conocimiento de los elementos de la conducta típica basta agregarle “la voluntariedad general de la acción” para poder concluir que se “quiere” a lo menos en el sentido de que se **acepta** ante lo cual concluirá que el dolo es la “voluntad consciente resultante, sin mas, de sumar el conocimiento a la voluntariedad básica de todo comportamiento humano y que dicho dolo implica “querer” en el sentido, por lo menos, de aceptar.”<sup>289</sup>

En suma, dirán estos autores que obra con dolo el que sabe lo que hace, conociendo el peligro concreto que genera su acción y sus consecuencias. Como consecuencia lógica de esta posición Bacigalupo establece que la teoría de las formas de dolo debe considerarse superada por cuanto se ha eliminado el “elemento volitivo del dolo” que era el criterio para distinguir entre las diferentes formas de dolo. “En la medida en la que todas las “formas de dolo”

---

<sup>288</sup> Bacigalupo, op. cit., pág. 227.

<sup>289</sup> Mir Puig, op. cit., pág. 242 y ss.

tienen el denominador común del conocimiento del peligro concreto ya no tiene razón de ser más que una única forma de dolo,”

Sin desconocer que la moderna doctrina del dolo aporta una simplificación en este tema es preciso analizar brevemente los elementos que tradicionalmente han sido considerados constitutivos del dolo.

Respecto del elemento cognoscitivo se señala que este debe darse en el momento de la comisión del hecho y requiere un conocimiento actual de las circunstancias del tipo legal. Es en el momento de la acción que realiza el tipo objetivo que deben concurrir el conocimiento y la voluntad del total tipo objetivo. Este elemento intelectual consiste en la conciencia o conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo. Debemos excluir de este conocimiento y querer del autor, por tanto del dolo, a los elementos subjetivos del tipo y así no es preciso que el médico que realiza un examen ginecológico sea consciente de su ánimo lujurioso y que quiera ese ánimo (elemento subjetivo de intención trascendente). De diferente opinión era English pero mas adelante concluirá que afirmar la existencia de un “querer” dirigido a este ánimo representaría un absurdo. Así habrá que distinguir entre los elementos descriptivos del tipo objetivo y los normativos.

Los elementos descriptivos son aquellos cuya finalidad es describir de la forma mas clara posible un hecho o cosa con exclusión de una posible valoración

jurídica y así se señala los términos “cosa”, “dinero” como ejemplos. El conocimiento de los elementos descriptivos del tipo requiere que estos hayan sido percibidos por los sentidos del autor y así en el delito de homicidio se exige solamente que el autor haya percibido por sus sentidos de que estaba disparando su arma en contra de una persona viva.

Por el contrario los elementos normativos son aquellos que no se captan solamente por los sentidos, sino que requieren de una valoración por parte del sujeto recurriendo a conceptos jurídicos, de una comprensión en su significación social, es decir para su comprensión requieren la realización de un juicio de valor y que deberán ser precisados valorativamente por el juez recurriendo a los criterios de interpretación atendiendo a los fines del derecho penal y a la dirección de protección del tipo concreto. Así el concepto de documento no puede identificarse con la percepción sensorial que se tenga del papel en el que se hacen constar las cláusulas del contrato sino que el autor debe tener conciencia de que se trata de un instrumento destinado a probar una relación jurídica determinada que cumple con los requisitos exigidos por las leyes, lo mismo se puede decir del concepto de “ajeno” en el delito de hurto (artículo 432 del código penal). El conocimiento de estos elementos normativos presenta dificultades mayores que el de los elementos descriptivos y, por tanto, es necesario determinar ¿Qué grado de conocimiento será exigible para el dolo? El conocimiento de estos elementos normativos no debe ser técnico-jurídico puesto que de lo contrario solo los juristas podrían obrar con dolo al conocer el



significado jurídico exacto de esos términos y, por tanto, solo se exige un “conocimiento paralelo en la esfera del lego” o “profano”, solución aceptada por la doctrina dominante y que fue formulada por Mezger y que se ha entendido, en el sentido, de que solo basta que se conozca el significado que posee el elemento normativo al nivel “profano”, es decir, del no especialista y debe concretarse acudiendo al nivel social en que se encuentra el autor. Mezger señala que es necesaria “una apreciación de la característica del tipo en el círculo de pensamiento de la persona individual y en el ambiente del autor, que marche en la misma dirección y sentido que la valoración legal-judicial.”<sup>290</sup> Por tanto, un error sobre la calificación jurídica que no impida al sujeto la comprensión del elemento normativo de acuerdo a su nivel social, no excluye el dolo. Por ejemplo, una persona puede no saber que es el matrimonio en sentido jurídico pero tiene un concepto profano del mismo y en el caso de bigamia no podría señalarse que no ha habido dolo por desconocer el concepto jurídico exacto de esa institución.

Otro punto que se señala es que este conocimiento no debe ser de igual intensidad entre los diferentes elementos del tipo por cuanto algunos de estos elementos solo entran en la atención del autor solo en forma secundaria, es decir, en un contexto inmediato, pero al margen del foco principal de aquella. Para esta forma de conciencia o conocimiento del dolo se ha impuesto el nombre de co-conciencia o de conciencia acompañante.

---

<sup>290</sup> Mezger, *op. cit.*, pág. 122 y ss. De la misma opinión son Jescheck, *Tratado de derecho penal*, pág. 573 a 575 y Maurach, *Tratado de derecho penal*, pág. 291..

Respecto del elemento volitivo, el querer la realización de los elementos del tipo cabe consignar que no basta para configurarlo la existencia de un simple deseo. Así, el hijo que recomienda a su padre que viaje mucho en avión con la esperanza de que se produzca un accidente y fallezca, desea la muerte de su padre pero no puede decirse que esté presente el elemento volitivo del dolo, el cual solo concurrirá cuando el sujeto quiere el resultado delictivo como consecuencia de su acción y se atribuye alguna influencia en su producción.

#### **B.- Clases de dolo.**

Tradicionalmente se distingue entre **dolo directo** o de primer grado, **dolo de consecuencias necesarias** o segundo grado y **dolo eventual**. La distinción y determinación conceptual de las 3 formas de dolo es importante por cuanto el legislador no siempre castiga cualquier conducta dolosa sin mas, sino que frecuentemente exige un determinado propósito o intención (por ejemplo, actuar a sabiendas) con lo cual excluye al menos el dolo eventual.

Además una descripción lo mas exacta posible del dolo eventual es necesaria para su delimitación de las restantes formas de dolo, y sobre todo para diferenciarlo de la imprudencia consciente por la diferente penalidad existente entre un hecho doloso y uno imprudente y así un delito de homicidio cometido

con dolo eventual tiene una pena muy superior a la del homicidio imprudente. Al hecho cometido con dolo eventual se le aplica la penalidad correspondiente al delito doloso, mientras que al cometido con culpa consciente se le aplica las penas del delito imprudente que son siempre mas leves y que a veces conlleva a la impunidad cuando la imprudencia no es punible lo que constituye la regla general en nuestro código penal.

Puede decirse que en el dolo directo las consecuencias de la acción, además de conocidas, constituyen la meta del autor es decir el resultado delictivo era el fin o uno de los fines perseguidos por el sujeto.

En el dolo de consecuencias necesarias el autor no busca la realización del tipo pero sabe y advierte como **seguro (o casi seguro)** que con su actuar dará lugar al delito; aquí el autor no persigue el resultado sino que este se le presenta como una consecuencia necesaria, inevitable de su actuar. Un ejemplo clarificara esta situación: en el famoso caso Thomas acontecido en 1875, el autor hizo cargar con explosivos un barco para de esa forma hundirlo y cobrar el seguro respectivo. El autor no tenía ningún interés ni voluntad de causar la muerte de los tripulantes de la nave pero sabía que ello seria inevitable. Puede apreciarse que en este caso no existe una voluntad de matar pero si un conocimiento de un resultado casi seguro. En tanto se reconoce esa consecuencia accesoria como necesaria es suficiente para considerar que ha sido dolosamente producida. En el dolo eventual el autor se representa el resultado como posible o probable y no

obstante esa representación se decide por ese comportamiento que lleva aparejado ese resultado. El tema del dolo eventual ha sido objeto de un gran debate sin vislumbrarse soluciones concretas por lo cual se analizarán las más importantes. La **teoría del consentimiento o aprobación** señala que la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente radica en que en el primero el autor **consiente** en la posibilidad del resultado en el sentido de que lo apruebe, que haya estado de acuerdo con el por lo cual la esencia del dolo eventual radicaría en la aprobación del resultado por tanto se debería exigir que al autor le agrade el resultado. Se critica esta teoría señalando que cuando el sujeto aprueba el resultado concurriría una intención o propósito es decir dolo directo con lo cual se restringe en exceso el dolo eventual. Además esta posición deja de lado la idea de que la finalidad de los tipos dolosos es evitar lesiones calculadas de los bienes jurídicos con independencia de la actitud emocional con que se realicen y así el que la persona apruebe el resultado por el incluido en sus cálculos o le sea indiferente o incluso lo lamente no puede influir en el carácter doloso del hecho.

**La teoría de la probabilidad** por su parte establece como criterio del dolo eventual el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor y así concurrirá dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado y de culpa consciente cuando la posibilidad de producción del resultado reconocida por el autor era muy lejana sin importar la actitud interna del autor ya sea de indiferencia, aprobación o desaprobación frente al hipotético resultado y solo importa el haber querido actuar pese a

conocer el peligro probable inherente al actuar. La crítica que se formula esta teoría radica en que para determinar la seriedad del contar con el resultado se requiere un cálculo puramente intelectual de probabilidad, lo que es difícil de determinar por cuanto la generalidad de los sujetos no reflexiona sobre grados determinados de probabilidad al momento de actuar. Además de la dificultad de determinar cuando existe un alto grado de probabilidad que determina la concurrencia de dolo eventual y no de culpa consciente.

Puede apreciarse la dificultosa tarea que constituye establecer cuando una probabilidad es alta y en el caso de ciertas situaciones límites cuando la probabilidad advertida no es muy elevada ni muy pequeña es difícil establecer un juicio categórico sobre un porcentaje de posibilidades que constituya la frontera entre dolo eventual y culpa consciente.<sup>291</sup> Por último se critica esta teoría en base a que el dolo requiere además del conocimiento de la peligrosidad de la acción de una voluntad dirigida a ese fin para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente por cuanto en ambas concurre un conocimiento del peligro inherente a la acción.

Por último la **teoría de la indiferencia** desarrollada por English señala que debe apreciarse dolo eventual cuando el sujeto es indiferente con las posibles consecuencias accesorias negativas de su actuar, es decir, las recibe con

---

<sup>291</sup> Así también Roxin.

indiferencia y por tanto no concurriría dolo eventual cuando considera indeseables esas consecuencias y tiene por tanto la esperanza de que no se producirán, es decir, cuando no le es indiferente la producción de esas consecuencias negativas. Se critica esta teoría por cuanto constituye una apreciación errada de que la falta de indiferencia (en el sentido del carácter no deseado del resultado) excluiría el dolo. No resulta lógico ni conveniente que una persona pueda exonerarse de las consecuencias de su actuación conscientemente incluidas en la planificación de su acción recurriendo al criterio de con “que deseos y esperanzas lo haga”, esperanzas en las que ni uno mismo confía. Lo decisivo consiste en a favor y en contra de que se decida uno para el caso eventual y no en los deseos del sujeto. En un ejemplo<sup>292</sup>: A y B deciden robar a C para lo cual deciden estrangularlo con una correa de cuero hasta que perdiera el conocimiento. Como se percataron que ese plan podría conducir en determinadas circunstancias a la muerte de C que preferían evitar, decidieron golpearlo con un saco de harina para que perdiera el conocimiento. Durante la ejecución de ese último plan el saco de arena se rompió y se generó una pelea entre C y A. Entonces B sacó la correa de cuero que había llevado por si acaso e hicieron un lazo en torno al cuello de C y tiraron de ambos extremos hasta que C dejó de moverse, lo que derivó en la muerte no querida de C, muerte que no era indiferente para A y B. Según la teoría en análisis, como el resultado muerte no era indiferente para los autores (por cuanto recurrieron a

---

<sup>292</sup> Tomado de Roxin, op. cit., pág. 310.

otro plan) debe apreciarse imprudencia. Pero cuando fracasa el plan sustitutivo y vuelven al plan original arriesgándose conscientemente a la muerte de C, por muy desagradable que esta les resultara, podemos concluir que de alguna forma han consentido en ella y en esa medida la “quisieron” es decir, actuaron con dolo eventual. Se reconoce a esta teoría que la indiferencia es un indicio seguro de que el autor se ha resignado al resultado y por tanto ha actuado dolosamente.

### **C.- El dolo en la omisión impropia.**

El dolo en el delito de omisión impropia es, al igual que en el delito comisivo, un elemento del tipo subjetivo. En el análisis que se realizará a continuación se podrá apreciar que el dolo en la omisión difiere del dolo del delito comisivo en atención a la diferencia estructural entre ambas modalidades delictivas.

En primer lugar, debe analizarse la problemática en torno a los elementos del dolo en la omisión impropia y es así que se sostiene, fundadamente en mi opinión, por la doctrina de que el dolo en el tema en análisis solo puede consistir en “**conocer**” sin exigirse un elemento volitivo, entendido como un “**querer**” no realizar la acción. No se requiere de una voluntad de concretar el tipo omisivo y solo basta el conocimiento que tiene el sujeto de la situación que lo obliga a actuar, de la acción que se espera de él y el resultado que debe evitar

y “las circunstancias fundamentadoras de su **posición de garantía**”,<sup>293</sup> además algunos autores exigen el conocimiento del proceso causal al menos en sus rasgos generales y haber sabido que su actuación evitaría que el peligro se transforme en lesión del bien jurídico<sup>294</sup>, es decir, la capacidad de evitación del resultado. El dolo así conformado se ha llamado cuasi-dolo.

La doctrina se ha dividido en 3 posiciones: 1) aquellos que niegan la presencia de dolo en la omisión; 2) los que prescinden del requisito del **querer** en el dolo y solo exigen el **conocer (Jescheck)**; 3) aquellos que proceden a “sustituir la necesidad de verdadero dolo en la omisión por el hecho de que el autor no haya querido (esto es: haya dejado de querer) realizar la conducta debida.”<sup>295</sup>

(Kaufmann, Welzel)

Mir Puig sostiene que en los delitos de omisión no existe ninguna alteración del dolo y que posee la misma estructura que en los delitos de acción. Debe señalarse que este autor estima que el dolo en el delito de acción no requiere una resolución activa dirigida a realizar el tipo, por lo cual el elemento principal del dolo será el **conocer** y que el querer solo se exige respecto del dolo directo pero en el dolo de segundo grado (dolo de consecuencias necesarias) y en el eventual el querer se manifiesta como “**aceptar**”. Para concluir señala que en el delito de omisión es necesario decidir realizar una conducta (la efectuada en

---

<sup>293</sup> R. Maurach, op. cit., pág. 291.

<sup>294</sup> Idem.

<sup>295</sup> Mir Puig, op. cit., pág. 304.



lugar de la exigida) la que no ha de ser necesariamente activa ni debe suponer un cambio respecto de otra y así puede consistir en el mantenimiento de un comportamiento no activo. Falta, por tanto, en el actuar omisivo **el momento de decisión activa** característico del actuar positivo doloso y, es propio de la omisión la pura pasividad en la voluntad del autor. Por tanto, el omitente “no precisará adoptar ninguna resolución activa de voluntad para ello (no se requiere un elemento volitivo, un querer realizar un resultado), sino solo no decidir cambiar de actitud.”<sup>296</sup> Por su parte, Juan Bustos estima que el dolo en la omisión difiere a la estructura del dolo en la comisión (en este campo define el dolo como la representación y el querer de los extremos de la descripción que hace la ley y que el agente realiza con su conducta) por cuanto el “momento volitivo (decisión) no encuentra una exteriorización o en todo caso resulta indiferente.”<sup>297</sup> Este dolo así definido requiere en la omisión que el agente haya tenido conciencia de la situación típica y pese a ello no actúe. Es decir, para éste autor, el dolo de la omisión impropia sólo requiere el elemento cognoscitivo más no el volitivo.

Para Jescheck el dolo en la omisión requiere una adaptación por cuanto en ésta, a diferencia del delito de acción, no existe un hacer positivo que sea expresión de una voluntad de realización que, como hemos visto, es uno de los elementos del dolo. Se trata solamente de una adaptación del dolo a la omisión pero no de

---

<sup>296</sup> Ídem.

<sup>297</sup> Juan Bustos, Omisión de socorro y..., pág. 176.

una negación del mismo. Para Jescheck en algunos casos de omisión el sujeto frente a una situación típica y consciente de su capacidad de acción toma directamente la **decisión** de permanecer inactivo, por lo cual el dolo reuniría los dos requisitos que presenta en los delitos de acción. “En estos casos, el conocer y el querer pueden constatarse y distinguirse igual que en el delito de comisión.”<sup>298</sup> Cita como ejemplo el del médico de guardia que acuerda que un herido grave no sea admitido durante la noche en el hospital por no existir ninguna cama libre por lo cual, concluye éste autor, que el médico quiere abandonar a su suerte al paciente. Pero a continuación señala que ésta no es la regla general y que, en la mayoría de los casos no cabe acreditar una verdadera resolución de dejar que las cosas sigan su curso a la vista de una evolución peligrosa y en estos casos no podrá decirse que existe una decisión de permanecer inactivo que configure el elemento de la voluntad. En estos casos el dolo se agota o, más bien dicho, se configura con el solo elemento del conocimiento de la situación típica. Se excluiría, por tanto, la intención (elemento volitivo) del dolo y solo se requiere que el sujeto advierta lo que sucede y lo que debería hacer (capacidad de planeamiento). Pero en este caso se plantea el problema de la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente, por cuanto, en el primero no existe una voluntad de realización del tipo y que éste autor resuelve acudiendo al criterio de la actitud personal frente al curso de los acontecimientos en que “si el omitente considera seriamente el

---

<sup>298</sup> Jescheck, op. cit., pág. 574.

hecho como posible y se conforma con la realización del tipo... procede estimar dolo eventual, pero si confió en que el otro sujeto desistiría de cometer el hecho (se refiere al caso de la mujer que advierte que su amante desea matar al marido de ésta y nada hace por evitar el asesinato) ... solo cabe tomar en consideración la imprudencia consciente.”<sup>299</sup>

Para Armin Kaufmann<sup>300</sup>, por otro lado, en la omisión no existe un verdadero dolo, por cuanto, en su sistemática del delito concibe a la omisión integrada por una **finalidad potencial** la cual no se encontraría en el dolo que ontológicamente requiere **una voluntad de realización**, la cual no existe en la omisión. Otro argumento de este autor consiste en que si se hace consistir al dolo de omitir en la decisión del sujeto de no actuar en la protección de un bien jurídico en peligro con conocimiento de la situación típica, se premiaría injustamente a quien por irresponsabilidad o indiferencia no se percate de que le es posible dicha actuación y solo podría incriminarse a título de imprudencia, lo cual no será siempre posible, por cuanto, la culpa solo se sanciona en ciertos y determinados casos. Por tanto, en la omisión el dolo no puede consistir en una **voluntaria decisión de no actuar** por el sujeto que conoce la situación típica y su capacidad de actuar y deberá construirse como una falta de resolución de llevar a cabo la acción exigida o como la ausencia de la voluntad de actuar, y

---

<sup>299</sup> Ídem, pág. 575.

<sup>300</sup> Bacigalupo, Cuestiones fundamentales..., pág. 92 y 93 y se remite a la obra de Kaufmann “Die Dogmatik..., en las páginas 72, 73 y 79.

por tanto, “se trataría de un cuasi-dolo.”<sup>301</sup> Bacigalupo analizando la posición de Kaufmann señala que “la teoría del dolo, entendida como conocimiento y voluntad de realización del tipo, no puede pasar directamente a los delitos de omisión; y, lo que se llama omisión querida, no es más que una omisión consciente, acompañada del conocimiento del poder final del hecho del autor.”<sup>302</sup> Posteriormente este mismo autor señala que “Es importante resaltar que Armin Kaufmann no discute en realidad la existencia de un dolo, en el sentido de una forma de culpabilidad o de tipo de injusto más grave que uno culposo, sino que busca demostrar que el concepto de dolo de los delitos de comisión no es aplicable a los de omisión, puesto que aquel es voluntad de realización, y tal no existe en este caso.”<sup>303</sup>

Podemos, por tanto, señalar a grandes rasgos los elementos que considero esenciales en la posición de Kaufmann sobre el dolo y que pueden reseñarse así:

1.- para la escuela finalista la acción se estructura como una “disposición de la voluntad como factor dirigente de un proceso causal”,<sup>304</sup> por tanto, ante la ausencia de ese elemento final que orienta la acción, no podrá hablarse **finalidad**; 2.- en la omisión no encontramos una voluntad de realización y falta,

---

<sup>301</sup> Zaffaroni y otros, op. cit., pág. 583.

<sup>302</sup> Bacigalupo, Cuestiones fundamentales..., pág. 92 y 93 y se remite a la obra de Kaufmann “Die Dogmatik..., en las páginas 72, 73 y 79.

<sup>303</sup> Bacigalupo, op. cit., pág. 93.

<sup>304</sup> Ídem, pág. 94.

por tanto, el elemento voluntario del dolo que se presenta en los delitos de comisión; 3.- por ultimo en la concepción de Kaufmann "la formación de voluntad, es decir, la decisión a favor de la acción debida representada, pertenece al ámbito de la motivación, en consecuencia a la culpabilidad y no a la acción."<sup>305</sup>

En base a estos antecedentes se puede analizar la concepción de Kaufmann que excluye la presencia de dolo en la omisión impropia: para el autor alemán existe una dependencia entre finalidad y causalidad en el sentido de que la primera de ellas implica dirección de la causalidad hacia un fin predeterminado por el autor y agrega que la sola "observación y aún la posibilidad de prever un proceso causal no es todavía dirección final",<sup>306</sup> pero en la omisión esta voluntad de realización, de dirección de un determinado proceso causal a la consecución de un fin o resultado no se encuentra presente, por cuanto, en la omisión la realización misma no proviene de una relación de causalidad que tenga su origen en la voluntad (finalidad) del autor, sino que el curso causal sucede en forma independiente de la persona que omite. El sujeto no actúa causalmente y en la doctrina de Kaufmann no interviene, por tanto, la finalidad que orienta a la causalidad hacia un fin querido por el autor (por tanto, voluntario del omitente) y que Kaufmann resume con la idea de que "Sin voluntad de realización es

---

<sup>305</sup> Ídem.

<sup>306</sup> Armin Kaufmann, *Unterlassungsdelikte...* Pág. 74, citado por Bacigalupo en *Cuestiones fundamentales...*, pág. 94.

impensable una omisión voluntaria.”<sup>307</sup> De la misma idea es Susana Huerta Tocildo, que parte señalando que para Kaufmann el dolo de omitir no es un propio y verdadero dolo o, por lo menos, no lo es en la forma que se presenta en el delito comisivo porque “el dolo supone ontológicamente una voluntad de realización (finalidad actual) que no se da en la omisión.”<sup>308</sup>

Por otro lado, para Kaufmann es irrelevante, para la voluntariedad de la omisión, el hecho de que el omitente suprimiera un impulso de actuar, o en otras palabras, que existiera en el sujeto una negación de la acción debida, que implica una representación de la acción omitida. La doctrina tradicional exigía para la voluntariedad de la omisión que el sujeto, una vez representada la acción omitida, procediera a suprimir un impulso de actuar que configuraba el dolo en su aspecto volitivo. Kaufmann niega ese requisito y señala que “lo que en realidad se ha llamado doloso en la doctrina clásica, es solo el conocimiento de la situación, la conciencia de la situación en que se debe actuar.”<sup>309</sup> A esto debemos agregar lo señalado por Susana Huerta que al analizar la posición de Kaufmann sobre este punto nos dice: “si se hiciera consistir el dolo de omitir en la decisión del sujeto de no actuar en defensa del bien jurídico en peligro cuando conoce la situación típica que demanda su intervención a tal efecto, se premiaría injustamente a quienes por irresponsabilidad o indiferencia no se

---

<sup>307</sup> Ídem a la nota anterior.

<sup>308</sup> Susana Huerta y Emilio Octavio de Toledo, op. cit., pág. 568.

<sup>309</sup> Bacigalupo, op. cit., pág. 95.

percatan de que les es posible dicha actuación, ya que solo podrían ser castigados a título de delito imprudente de omisión y tal modalidad delictiva puede no existir.”<sup>310</sup> Para concluir el análisis de la posición de Kaufmann podemos señalar que para este autor, como ya se dijo, el dolo omisivo no puede ser conceptualizado de igual manera que aquel presente en el delito de acción, esto es, como una voluntaria decisión de no actuar tomada por quien conoce los elementos del tipo objetivo (situación típica y capacidad de obrar en la situación concreta), sino que debe ser construido de manera inversa: **como una falta de resolución de llevar a cabo la acción exigida, la cual se caracteriza por la ausencia de una voluntad de actuar ya que el dolo omisivo no requiere un querer en realización sino solo el conocer.**

Para Bacigalupo este asunto de los elementos del dolo debe plantearse en los siguientes términos “¿Cuál es el desvalor de la conducta que determina el contenido de injusto de la omisión de impedir la producción de un resultado típico de un delito de comisión?”.<sup>311</sup> En los casos de delitos de acción este desvalor se encuentra en la dirección final de la conducta que se orienta a la producción del resultado prohibido y en los delitos culposos en la circunstancia de que el sujeto no emplea la finalidad indicada por el cuidado exigido y que esta finalidad se dirige a un resultado irrelevante jurídicamente y no a la producción del resultado típico que, por la inobservancia del cuidado exigido,

---

<sup>310</sup> Susana Huerta y Emilio Octavio de Toledo, op. cit., pág. 568 y ss.

<sup>311</sup> Bacigalupo, op. cit., pág. 100.

se concreta en la realidad. Partiendo de esta base Bacigalupo intenta señalar los requisitos del dolo en la omisión es decir, “que elementos dados en la acción realmente realizada **en-vez-de-la-mandada** son relevantes para la constitución del dolo en la omisión, como desvalor de acción del tipo de los delitos dolosos.”<sup>312</sup> Resumiendo la posición de Bacigalupo debemos señalar que para el autor la acción realizada efectivamente en vez de la acción exigida tiene una gran relevancia y que como toda acción tiene una estructura final en la cual existe una finalidad dirigida a un resultado distinto a aquel exigido normativamente que, como sabemos, consiste en la evitación del resultado. Incluso señala que de permanecer inactivo el sujeto, también se presentará una finalidad, ya que el sujeto en todo caso hará algo. En el hecho realmente ocurrido se materializa una determinada voluntad del sujeto en cuanto a su acción, de la cual se extraen ciertos elementos que son relevantes para el dolo del tipo y así señala que el primer elemento constitutivo del dolo de la omisión es “la **finalidad dirigida a un objetivo no coincidente con el mandato de la norma.**”<sup>313</sup> Los restantes elementos serán la **conciencia de la amenaza de la producción del resultado** y la **aprobación o ratificación del resultado eventual**. Es necesario realizar algunas precisiones en torno a estos elementos para entender la posición de Bacigalupo. En relación al primer elemento del dolo, el mismo autor reconoce que este también se encuentra presente en la culpa, como también sucede con el segundo elemento que es común a dolo

---

<sup>312</sup> Ídem, pág. 101.

<sup>313</sup> Ídem.



eventual y culpa con representación y será, por tanto, el tercer elemento el que implique una diferencia entre dolo y culpa y que debe concurrir indefectiblemente en los delitos de omisión impropia.

Respecto al tercer elemento, de la **aprobación** o **ratificación** del resultado señala que no debe sostenerse que la presencia de este elemento implique la existencia de una voluntariedad en la realización del resultado (como lo sostiene cierta corriente doctrinaria llamada “teoría de la voluntad” para el dolo eventual), es decir, esa **actitud interna** del sujeto no es en sí la **voluntad**. En palabras del autor “La voluntad de realización podrá darse o no, independientemente de esa actitud interna del autor respecto del resultado. La actitud interna en sí no tiene que coincidir necesariamente con el resultado al que se dirige la acción. También puede referirse a un resultado que el autor conociendo su inminencia no impide, al no interferir el transcurso causal que lleva a este.”<sup>314</sup> Para precisar su posición Bacigalupo propone el siguiente ejemplo: en el caso de un salvavidas, que abandona su puesto de vigilancia en la creencia de que los bañistas son buenos nadadores y en caso de emergencia de uno de ellos los demás podrán socorrerlo, de manera que se evitará el resultado lesivo, el reproche que puede formularse es menor (culpa) que en el caso de una niñera que viendo al niño caído en el estanque asiente la producción del resultado o permanece indiferente ante él. Es esta indiferencia

---

<sup>314</sup> Ídem, pág. 103

ante el resultado la que dará surgimiento al elemento del tener en cuenta el resultado que configura el dolo.

Para Zaffaroni en los delitos de omisión es necesario el elemento cognoscitivo, tanto de la situación típica como de la posición de garantía y señala que “no hay tipo objetivo que no sea circunstanciado y, por ello, el agente debe tener conocimiento de las circunstancias que son indispensables para que cobre vigencia el mandato de actuar, con todos los componentes descriptivos y normativos requeridos en cada caso.”<sup>315</sup> Señala que el dolo en la estructura activa es similar hasta el momento con el dolo de la omisión, pero hay una diferencia que consiste en que el dolo de la estructura omisiva requiere una posibilidad de conocimiento y es que al sujeto “debe serle posible... representarse la realización de la conducta debida, y cuando hay resultado típico relevante, la vía por la cual pueda evitarlo.”<sup>316</sup> Respecto a la discusión sobre el elemento volitivo en el dolo señala que, parece claro, que en la omisión no se requiere una específica decisión de omitir, por lo cual no serían aplicables aquellas teorías que sostienen que hay omisión dolosa cuando media una decisión de permanecer inactivo.

Zaffaroni estima que el dolo omisivo requiere la aprobación o ratificación del resultado eventual pero estima que ese es el **mínimo** dolo posible y considera

---

<sup>315</sup> Zaffaroni y otros, op. cit., pág. 583.

<sup>316</sup> Ídem, pág. 584.

que también será posible que exista la finalidad directa de que el resultado se produzca. Por lo tanto, para el autor argentino en la omisión es posible encontrar el aspecto cognitivo del dolo propio de los delitos de acción y señala “Al igual que en la estructura activa, cuando se realiza la conducta para que el resultado se produzca, habrá dolo directo...”<sup>317</sup> refiriéndose a la acción realizada voluntariamente en vez de la mandada y teniendo en cuenta que adhiere a la teoría del aliud agere que radica la omisión en la acción llevada a cabo efectivamente por el garante y en la cual se presenta el elemento volitivo y esta **otra acción** “tiene una estructura final, que no se agota en la mera producción de la calceta en el caso de la madre, sino en la muerte del niño, para lo cual la madre teje la calceta, porque sabe que debe hacer precisamente eso como acción diferente de la debida (que es interruptiva de la causalidad en curso).”<sup>318</sup> Mas contundentes son las palabras de Zaffaroni en su Manual de Derecho Penal en que señala “creemos que se puede hablar de una verdadera finalidad en los tipos omisivos y que, por ende, la situación no cambia sustancialmente respecto de los tipos dolosos activos, al menos en una medida tan grande como para que se pretenda que no hay dolo en esta forma de tipicidad.”<sup>319</sup>

Zaffaroni considera que la esencia de la omisión es la conducta efectivamente realizada provista de la **finalidad** propia de toda acción y es esta finalidad la

---

<sup>317</sup> Ídem, Pág. 585.

<sup>318</sup> Ídem, pág. 585.

<sup>319</sup> Zaffaroni, Manual..., 2001, pág. 456.

que se encuentra prohibida, por no ser la finalidad debida y así en la tipicidad omisiva dolosa “el agente realiza la acción diferente de la ordenada, precisamente porque se representa la causalidad que provocará el resultado y, por ende, sabe que debe dejarla andar para que éste advenga y que debe realizar la acción diferente para no interferir el curso causal y, de este modo, dirigir esa causalidad hacia el resultado.”<sup>320</sup> La mujer al tejer calceta domina la causalidad hacia el resultado letal para el niño. La muerte del niño no se produce por azar, sino que es consecuencia de un proceso causal, en el cual la madre se propone el resultado como **finalidad** y, desde esta representación del resultado, selecciona los medios necesarios para obtener ese resultado percatándose que para que se produzca no necesita poner en marcha un curso causal orientado a su producción sino que le basta que siga avanzando el curso causal que ya está en marcha. Para que este curso causal avance con éxito a la meta propuesta debe abstenerse de realizar la acción debida interruptiva (alimentar al niño) y debe o puede realizar cualquier otra acción (tejer calceta). Deberá, por tanto, proponerse otra finalidad cualquiera (incluso el permanecer totalmente inactivo, aunque eso es bastante difícil de concebir por que generalmente hará algo diferente a lo debido) pero en la realización de esta otra conducta (prohibida) va incorporada claramente la finalidad de dejar que el niño muera y ahí, considera Zaffaroni, existe un verdadero dominio causal, por cuanto existe una efectiva previsión de la causalidad. “El dolo no se monta sobre una causación, sino que es finalidad típica en el sentido de que dirige la causalidad pero teniendo como

---

<sup>320</sup> Ídem.

base una previsión de la misma. Lo que es fundamental para el dolo es la previsión de la causalidad, que en la omisión existe de la misma manera que en la tipicidad activa.”<sup>321</sup> Finalmente concluye que el hecho de que el dolo requiera ciertos conocimientos que le son propios y que para hacer efectiva la finalidad requiera que se ponga en marcha otro proceso causal que es en sí penalmente irrelevante, son elementos que revelan las peculiaridades del dolo en la tipicidad omisiva, aceptando que es un concepto que hay que adaptarlo a la omisión (adhiriendo así a la formulación de Jescheck) pero de todas maneras abarca una actividad final prohibida dirigida a la realización de un tipo objetivo. Por último este autor se refiere a la posición de Rudolphi para quien en el dolo del delito comisivo hay una voluntad activa dirigida a la producción típica del resultado injusto mientras que “esa injerencia activa de la voluntad falta por definición en toda omisión.”<sup>322</sup> Pero para este autor ambos conceptos de dolo permanecen conectados desde un punto de vista valorativo de “que el contenido de injusto de todo delito doloso yace en la decisión del autor para el advenimiento del injusto típico.”<sup>323</sup> En esta **decisión** se encuentra el elemento común a ambas clases de dolo (omisivo y comisivo) y que no es otra cosa que la **voluntad** de realización del tipo objetivo.

---

<sup>321</sup> Zaffaroni, Manual..., 2001, pág. 457.

<sup>322</sup> Ídem.

<sup>323</sup> Rudolphi, citado por Zaffaroni y otros en Derecho Penal, pág. 585.

#### **D.- Elementos que debe cubrir el dolo.**

Respecto a los elementos que debe cubrir el dolo hemos visto que el tipo objetivo del delito de omisión impropia se encuentra integrado por la situación típica, la ausencia de la acción ordenada, la capacidad de acción, la producción de un resultado y su imputación a la omisión y la posición de garantía, en cuanto a los elementos fácticos que le dan origen (el deber de actuar que se deriva de la posición de garantía forma parte de la antijuridicidad) que, por tanto, serán los que deban ser abarcados por el dolo del agente, es decir, esos elementos señalados serán **el objeto del dolo**. No existe mayor discusión en la doctrina en cuanto a que el dolo omisivo requiere el conocimiento de la situación típica con todos los componentes descriptivos y normativos de la descripción legal y también se señala que en la omisión impropia se requiere que el sujeto disponga de los conocimientos que le permitan la previsión del curso causal que desembocará en la producción del resultado, si bien no con una completa seguridad pero si en forma general, es decir, que ese resultado no aparezca ex ante como absolutamente improbable o imposible. (Si el padre desconoce que el alimento que su hijo consume le producirá serias lesiones no puede decirse que haya tenido un conocimiento del curso causal). En cuanto a la posición de garante debemos precisar algunos puntos dudosos: la discusión se origina por la diferente ubicación que se asigna por la doctrina a la posición de garantía; aquellos que estiman que es un elemento de la antijuridicidad concluyen que esta posición cualificada del sujeto no debe ser abarcada por el

dolo y un error a su respecto sería un error de prohibición o, mas bien dicho, un error de mandato. Por el contrario, otro sector doctrinario estima que la posición de garantía es un elemento del tipo, como lo señala Zaffaroni, para quien “las características que hacen a la posición de garante en particular pertenecen al tipo objetivo, pero no así el deber de evitar el resultado de ella emergente, que como tal pertenece a la antijuridicidad”<sup>324</sup> y la consecuencia de esta posición será que un error sobre la concurrencia de los elementos que configuran la posición de garantía será un error de tipo y que excluye la tipicidad dolosa y que, si es vencible, puede dar lugar a un tipo culposo y por otro lado, el error que recae sobre el deber emanado de esa posición de garantía será error de prohibición (mandato) y que elimina la culpabilidad de la omisión. Concluye éste autor que **“el error que recae sobre el deber mismo de actuar que emerge de la posición de garante es un error de prohibición, en lo que parece haber general acuerdo, llamándose usualmente error de mandato.”**<sup>325</sup> Esta última posición es la que considero acertada al igual que Novoa Monreal en Chile y Bacigalupo que señala que “Las circunstancias de hecho que fundamentan la posición de garante, pertenecen al tipo...El **deber** emergente de la posición de garante se relaciona en la antijuridicidad y no pertenece al tipo.”<sup>326</sup>

---

<sup>324</sup> Zaffaroni y otros, op. cit., pág. 584.

<sup>325</sup> Ídem. Destacado en el original.

<sup>326</sup> Bacigalupo, Delitos impropios..., pág.210. Destacado en el original.

### **3.3.2.- LA CULPA.**

#### **A.- Concepto.**

Cuando hablamos de la culpa la doctrina es uniforme en señalar que no se sanciona la culpa en sí (*crimen culpae*) sino que se sanciona un delito culposo, lo que implica una descripción exacta del comportamiento punible en razón de la culpa. La culpa se define como la falta del cuidado exigido en un ámbito determinado de relación. Actúa imprudentemente quien realiza el tipo penal como consecuencia de la vulneración no querida de una norma de cuidado, sea que lo haga sin advertirlo pese a que debía o bien considerando la producción del resultado como probable pero confiando en que éste no se producirá. El contenido del injusto del delito culposo es menor que el referido a un hecho doloso, puesto que en éste el sujeto contraviene el mandato o la prohibición de la norma (en general conviene señalar que contraviene la norma penal que puede expresarse de modo imperativo o prohibitivo) de forma voluntaria y orientando su actuar en la dirección de la producción del resultado o, bien el sujeto se representa el resultado como altamente probable y, no obstante, persiste en su actuar (*dolo eventual*), pero en el caso de la culpa el autor no contraviene la norma penal en forma voluntaria sino que esa contravención se produce por falta de atención. Para precisar la tipicidad del delito culposo debe determinarse en primer lugar cual era la acción que el sujeto pretendía



desarrollar o estaba llevando a cabo. Ante esta situación el sujeto actuante debe saber, conocer la acción que lleva a cabo y los riesgos que ella implica. Esta acción determinada será siempre una acción “**en referencia**”, por cuanto, siempre será necesario referirla a un tipo legal y así el simple manejar descuidadamente es indiferente penalmente mientras no se produzca el fin prohibido por la norma y que puede ser la muerte de un peatón. Una vez producida la muerte podemos señalar que esa acción de manejar descuidadamente se puede subsumir dentro de la regulación del homicidio (artículo 390 N° 2 en relación al artículo 490 del Código Penal) pero además de una acción debe determinarse que esa acción no se ha desarrollado con el cuidado que se exige al sujeto en la situación particular en atención a sus capacidades y conocimientos especiales. Procede, por tanto, determinar que riesgos o peligros debieron ser previsibles para la persona en la situación determinada (el llamado elemento objetivo-normativo intelectual).

Posteriormente debe determinarse cuales eran las medidas de precaución o cuidado que debieron ser adoptadas por el sujeto en atención a esos riesgos que eran previsibles (elemento objetivo-normativo conductual). Por tanto, como bien señala Jescheck “El tipo de injusto del hecho imprudente no resulta, pues, determinado completamente por la causación del resultado, por ejemplo, la muerte de un hombre. Además de ello, el resultado debe obedecer a una vulneración de aquellas exigencias de cuidado que el orden jurídico dirige en la situación del hecho al sujeto esmerado y prudente que pertenece al ámbito del

tráfico del autor, y es preciso que dicho resultado fuera asimismo previsible para una persona de tales características.”<sup>327</sup> Podemos señalar entonces que el injusto del delito imprudente se conforma por la posibilidad de advertir el peligro de realización del tipo, es decir, el conocer los riesgos inherentes a la acción realizada y, por otro lado, se exige la constatación de que esa actuación, en vista de los peligros previstos, no ha sido desarrollada conforme al cuidado objetivamente requerido. Jescheck además exige la producción del resultado típico en los delitos imprudentes de resultado, “en la medida en que éste se deba a la inobservancia del cuidado”<sup>328</sup> aunque algunos autores se inclinan por pensar que la producción del resultado constituye una condición objetiva de punibilidad. Este concepto de culpa ha sido consecuencia de un largo proceso de evolución presentado en el Derecho Penal. Este proceso se inició con el causalismo naturalista para el cual la culpa era un elemento de la culpabilidad (entendida como la relación psicológica del autor con su hecho) junto con el dolo. Por tanto, el hecho culposo presenta una estructura similar al doloso en lo relativo al tipo y a su antijuridicidad y se diferenciaban solamente en el plano de la culpabilidad. Pero como esta vinculación entre acto y autor estaba esencialmente fundada en la “voluntariedad”, cierta parte de la doctrina estimó que culpa consciente y dolo eran similares por cuanto “en ambos había, por lo menos, representación del resultado injusto”<sup>329</sup> y, por otro lado, llegaron a sostener “que la culpa inconsciente, donde no hay ninguna relación de

---

<sup>327</sup> Jescheck, op. cit., pág. 777 y ss.

<sup>328</sup> Ídem, Pág. 779.

<sup>329</sup> Mario Garrido, op. cit., pág. 163.

voluntariedad porque en ella no ha existido representación del resultado, debía quedar excluida del derecho penal.”<sup>330</sup> Así lo señala Jescheck quien dice que algunos autores “niegan todo contenido de culpabilidad a la imprudencia por falta de una voluntad dirigida al resultado, o lo hacen en todo caso, en relación a la culpa inconsciente”<sup>331</sup> y cita como ejemplo a Bockelmann, Kohlrausch, Sauer, Arthur Kaufmann. Semejante planteamiento debe ser descartado por cuanto lleva al absurdo de estimar que el delito culposo no existe, por cuanto, por un lado es absorbido por el hecho doloso y, por el otro, debe quedar impune.

El finalismo procede a trasladar el dolo y la culpa al tipo penal como su fase subjetiva. Recuérdese que el finalismo estimaba que la acción era ejercicio de actividad final, tanto en el hecho doloso como en el culposo (lo que le permite mantener una noción unitaria del delito), aunque observada desde distintos puntos de vista. En el delito doloso la acción final se traduce en que el sujeto orienta su actuar voluntariamente a la realización del resultado típico, mientras que en el hecho culposo, la acción final no interesa en lo relativo al objetivo que el sujeto perseguía con su realización, sino que el acento se pone en cuanto al modo de ejecución de esa acción que derivó en la lesión de bienes jurídicos. Es decir, en la figura culposa se debe atender a la falta de cuidado con que se

---

<sup>330</sup> Ídem. Lo mismo señala Bustos en su Manual de derecho penal y cita a Kohlrausch como un autor causalista que sostuvo esta idea.

<sup>331</sup> Jescheck, op. cit., pág. 780

ejecutó la acción. Por tanto, el finalismo incluyó el concepto de la falta de cuidado objetivo como elemento del concepto de culpa y, por otro lado, procedió a incluir a la culpa como elemento del tipo del delito culposo sustrayéndolo de la culpabilidad. De esta forma se concibe a la imprudencia como elemento configurador de una clase de tipo de injusto, es decir, "la imprudencia no es... sino un **especial tipo de acción punible** que manifiesta una estructura peculiar tanto en el ámbito del injusto como en el de la culpabilidad."<sup>332</sup>

#### **B.- La culpa en el delito de omisión impropia.**

Respecto del delito de omisión impropia la doctrina se encuentra uniforme en el sentido de que estos delitos admiten la posibilidad de su comisión culposa. Si bien es cierto se señala que la omisión es la nada, una no-acción, y podría concluirse que no es admisible la culpa, por cuanto, si ésta es la falta de cuidado exigido en un ámbito de relación determinado, no se podría predicar una falta de cuidado de la nada. Considero que tal razonamiento no es acertado, por cuanto lo que caracteriza a la omisión es la no realización de una acción esperada y exigida normativamente que se enmarca dentro de un ámbito situacional determinado y en el cual el omitente debe evitar un resultado lesivo y la culpa podrá presentarse en ese marco situacional (que debe ser considerado

---

<sup>332</sup> Jescheck, op. cit., pág. 777.

en su totalidad para apreciar si el sujeto actuó con el cuidado exigido) como el “mal cumplimiento” de un mandato.<sup>333</sup> De la misma opinión es Welzel para quien “El delito de omisión culposo, tal como el delito de comisión culposo, recibe también el acento decisivo de desvalor por la infracción del cuidado objetivo requerido en el ámbito de relación. La falta de cuidado puede presentarse en todas las etapas de la acción de cumplimiento.”<sup>334</sup>

Se señala como posibilidades de una actuación culposa las siguientes:

1.- En el planeamiento o en la ejecución de la acción para impedir el resultado: el bañero lanza el salvavidas muy lejos o no se percató que debería lanzarse él al agua, para poder intervenir eficazmente. Se trata, por tanto, de casos en que existe una correcta ponderación de la situación típica pero no del actuar exigido, por no haberse observado el cuidado objetivo o bien, por otro lado, existe una correcta apreciación de la situación típica y del actuar exigido, pero existe una falta de cuidado en la elección del medio para realizar la acción exigida. Como ejemplo del primer grupo se señala el caso de un sujeto que advierte que una persona se está ahogando y lanza una cuerda para salvarla, ya que no sabe nadar, pero con tanta fuerza que se le escapa de las manos y queda flotando lejos del alcance de la persona que se está ahogando. Respecto de la segunda situación se puede señalar como ejemplo el de una persona que se está

---

<sup>333</sup> Bustos, El delito culposo, pág. 70 y ss.

<sup>334</sup> Welzel, op. cit., pág. 285.

ahogando lo que es correctamente apreciado por el omitente y para evitar su muerte le lanza una cuerda pero sin advertir que está quemada en el medio y al ser cogida por el socorrido se corta en forma inmediata.

2.- Casos en que el sujeto realiza una incorrecta ponderación de la situación típica y, por tanto, de la acción exigida debido a una falta de cuidado, como sería el caso del que creyó que la persona que pedía auxilio estaba haciendo una broma, por lo cual desiste de todo salvamento, a pesar de que era previsible objetivamente el riesgo para el bien jurídico. Welzel señala como ejemplo el del bañero que oye un llamado de ayuda pero “no cuenta con la producción del resultado, por ejemplo, porque cree que la persona que no sabe nadar puede ayudarse a sí misma en aguas no profundas.”<sup>335</sup>

Zaffaroni señala un último caso de violación del cuidado objetivo que radica en el desconocimiento del sujeto de la condición que le pone en posición de garante y señala como ejemplo el del que “por error vencible (de tipo) ignora que es el médico que está de guardia esa noche, o la enfermera a la que le corresponde ese turno.”<sup>336</sup> Ciertamente si el sujeto ignora su calidad de garante por un error vencible debe concluirse su responsabilidad culposa, si es que existe el tipo culposo respectivo que abarque el resultado producido. Esto es coincidente con la sistematización realizada hasta ahora del delito de omisión

---

<sup>335</sup> Welzel, op. cit., pág. 307. Formulaciones similares establecen Bustos y Zaffaroni.

<sup>336</sup> Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, parte general, 2001, pág. 458.

impropia en que hemos señalado que la posición de garantía es un elemento no escrito del tipo legal de estos delitos y coincidente con la doctrina mayoritaria y en España encontramos la opinión de Susana Huerta y Emilio Octavio de Toledo para quienes el error sobre la apreciación de una posición de garantía es error de tipo y no de prohibición y, por tanto, si era vencible deja subsistente a la culpa.<sup>337</sup> María Ángeles Cuadrado Ruiz en su obra “La comisión por omisión como problema dogmático” señala lo mismo en cuanto a que todo error sobre elementos normativos contenidos en el tipo de la comisión por omisión o en los tipos legales de resultado de las respectivas normas prohibitivas “debe considerarse un error excluyente de dolo y con ello de responsabilidad penal si no existe la correspondiente previsión del delito imprudente.”<sup>338</sup> A continuación remarca que “hasta ahora se ha reparado poco en que los elementos de donde resulta una posición de garante, son elementos normativos del tipo, para cuyo conocimiento es necesaria una valoración paralela de la conexión normativa en la conciencia del autor.”<sup>339</sup> En todos estos casos se habrá omitido la acción exigida por el mandato por un comportamiento culposo del omitente. Podemos concluir entonces que el concepto de culpa que hemos reseñado anteriormente no sufre alteración para los casos de omisión y que al igual que en los delitos de acción estará presidido por el elemento fundamental de la violación del cuidado o falta del cuidado exigido en un ámbito de relación.

---

<sup>337</sup> Susana Huerta y Emilio Octavio de Toledo, en Derecho Penal, parte general, Teoría jurídica del delito, pág. 585.

<sup>338</sup> Cuadrado Ruiz, op. cit., pág. 413.

<sup>339</sup> Ídem.

### **3.4.- LA ANTIJURIDICIDAD.**

Una vez determinado que una acción u omisión realizada (desplegada) es típica (adecuación de los hechos de la realidad a una norma penal) aún no puede hablarse de que haya surgido responsabilidad penal alguna. Primeramente debe realizarse una doble valoración que consistirán, la primera de ellas en determinar si la acción u omisión se encuentra conforme o no a Derecho (conformidad entre 2 clases de voluntad: la voluntad del actor que ha dirigido la acción u omisión y la voluntad del Ordenamiento Jurídico); la segunda valoración se refiere a la culpabilidad y constituye un juicio de reproche formulado al sujeto.

La primera de estas valoraciones constituye la antijuridicidad que consiste en que la acción u omisión humana sea contraria a Derecho. En un sentido formal la antijuridicidad penal significa la relación de contradicción de un hecho con el Derecho Penal o el ordenamiento jurídico en su totalidad. Es ante todo un juicio objetivo de desvalor sobre el hecho o en otras palabras “El juicio de desvalor que permite la antijuridicidad penal...expresa el carácter objetivamente indeseable para el Derecho Penal de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.”<sup>340</sup> Puede decirse que la antijuridicidad es “aquél disvalor de que es portador un hecho típico que contradice las normas de deber contenidas en el

---

<sup>340</sup> Mir Puig, op. cit., pág. 141.



ordenamiento jurídico.”<sup>341</sup> Debe recordarse que la ley al establecer los tipos penales lo hace con el objetivo de brindar protección a un bien jurídico que estima importante por lo cual lo declara jurídicamente valioso y, por el otro lado, afirma que “las conductas que atentan contra él son **contrarias al valor jurídicamente reconocido; esto es, las desvalora.**”<sup>342</sup>

Como se esbozó anteriormente se ha distinguido entre antijuridicidad formal y material,<sup>343</sup> siendo la primera de ellas aquella en que una acción contraviene una prohibición o mandato legal o al decir de Jeschek “en ella únicamente se considera la oposición de la acción a la orden normativa”<sup>344</sup> en el cual la esencia de la antijuridicidad radica en un comportamiento contrario al deber de actuar o de abstención establecido en una norma jurídica. Pero una concepción formal de la antijuridicidad no permite acceder a las razones por las cuales una conducta haya de ser contraria a las normas jurídico penales de conducta, desvalorada por el derecho y, en consecuencia, merecedora de sanción penal o en las palabras de Mir Puig la antijuridicidad formal “no responde a la cuestión de que contenido ha de tener un hecho para ser penalmente antijurídico o, lo que es lo mismo, de ¿por qué un hecho es contrario al derecho penal?”.<sup>345</sup> Esto se obtendrá recurriendo al concepto de antijuridicidad material que a continuación se explicará.

---

<sup>341</sup> Enrique Cury, Derecho Penal, Parte General tomo 1, 2ª edición, 1992, pág. 347.

<sup>342</sup> Ídem, pág. 349. Destacado en el texto.

<sup>343</sup> Véase Roxin, Derecho Penal, pág. 559 quien señala a Liszt quien promovió esta distinción.

<sup>344</sup> Jeschek, op. cit., pág. 210.

<sup>345</sup> Mir Puig, op. cit., pág. 6.

Por otro lado, la antijuridicidad material consistirá en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva o, al decir de Franz v. Liszt que inició esta distinción: “Materialmente antijurídica es la acción como conducta socialmente dañosa (antisocial o al menos asocial)...La acción antijurídica es...lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.” Por tanto, una acción será materialmente antijurídica cuando contradice una ley positiva que se ajusta a **presupuestos trascendentes al ordenamiento jurídico** o, en palabras de V. Liszt: la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sólo es materialmente antijurídica cuando es contraria a los fines del ordenamiento jurídico regulador de la convivencia. Se trata de analizar que elementos tienen los hechos penados por el Derecho Penal para que este haya decidido desvalorarlos. La búsqueda de un contenido “material” en la antijuridicidad “aspira a plasmar el fundamento por el que la conducta es declarada contraria a las normas jurídico penales; la razón...por la que es considerada merecedora de sanción penal.”<sup>346</sup> La importancia de esta distinción consiste en que, en primer lugar, permite establecer una graduación del injusto según su gravedad y posibilitar una diferenciación gradual para los efectos de la determinación de la pena aplicable dentro del marco legal fijado por la ley. La antijuridicidad formal no permite aumentos ni distinciones cualitativas. Un hurto de \$100.000 es desde un punto de vista formal igual de antijurídico que uno de \$5.000 puesto que en ambos se infringe la prohibición legal de no apropiarse de bienes ajenos. Pero desde la

---

<sup>346</sup> Rafael Alcácer Guirao, “Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?”, 1ª edición, 2003, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, pág. 12.

óptica de la antijuridicidad material ambos hurtos son diferentes en atención a la magnitud de la lesión del bien jurídico tutelado y, es así que, el Código Penal establece diferentes penas para el hurto en atención al monto de lo hurtado y, es más, establece una diferenciación en la naturaleza del hurto, por cuanto, la apropiación de cosas cuyo valor sea inferior a media UTM sólo es constitutivo de una falta y se puede decir, por tanto, que la antijuridicidad material sirve de guía al legislador para establecer los tipos penales (segunda importancia del concepto en estudio). Además nadie puede negar que la dañosidad social de un homicidio es mayor que la de un simple hurto y por eso las diferentes penalidades establecidas para cada uno de esos delitos.

Además la antijuridicidad material permite otorgar criterios de interpretación de los tipos atendiendo a los fines y representaciones valorativas que les sirven de base y que han sido consideradas por el legislador para el establecimiento de los mismos. Se presenta esta circunstancia en los casos de que una conducta se podría subsumir en el tenor literal de un precepto penal, pero materialmente, es decir, según el contenido de su significación social no concuerda con el tipo de delito por no lesionar el correspondiente bien jurídico en su contenido material. Se cita como ejemplo el de un juego de azar con apuestas muy pequeñas o el de expresiones denigrantes dichas confidencialmente dentro del grupo familiar más íntimo, que si bien encajan en los tipos pertinentes (que poseen una amplia redacción) no afectan decisivamente el bien jurídico tutelado con los tipos respectivos.

Por último, el concepto de antijuridicidad material sirve para desarrollar y determinar el contenido de las causas de justificación y aún sería posible estimar la existencia de una causa de justificación aún cuando la ley no la señale cuando “la ponderación de bienes e intereses conforme a la misma (la ley) revela que los fines y representaciones valorativas que subyacen en la norma jurídica deben ceder ante los bienes de superior rango y los intereses legítimos a los que sirve la acción.”<sup>347</sup> Así Roxin señala que en Alemania la doctrina y jurisprudencia aceptaron la causa de justificación no regulada del **estado de necesidad supralegal**. Puede apreciarse que este es un campo cercano al de las causas de justificación supralegales, esto es, de “otorgar eficacia justificante a situaciones que el legislador no ha contemplado de manera expresa al elaborar el catálogo respectivo.”<sup>348</sup>

El primer requisito de la antijuridicidad penal es la tipicidad penal; así para que un hecho antijurídico pueda constituir un delito penal es necesario que se encuentre tipificado por la ley penal. No todo hecho antijurídico es penalmente antijurídico sino, como ya se dijo, es menester que la ley haya señalado que ese hecho es constitutivo de delito, que se encuentre establecido por la ley como constitutivo de una especie o figura (tipo) de delito. Es el llamado principio de legalidad que señala que un hecho para ser delito debe estar descrito y conminado con pena por la ley. El principio de legalidad formal señala que solo

---

<sup>347</sup> Jeschek, op. cit., pág. 212.

<sup>348</sup> Cury, op. cit., pág. 361.

la ley puede establecer delitos (reserva legal) y en su aspecto material implica que la conducta prohibida o mandada debe estar expresamente descrita por la ley. Se ha discutido por la doctrina sobre el rol que la tipicidad tiene en la antijuridicidad. Así se ha señalado que la tipicidad es un **indicio de antijuridicidad (ratio cognoscendi)** y para otros es **ratio essendi** de la misma, es decir, que la tipicidad no es un elemento independiente de la antijuridicidad penal, sino precisamente uno de sus requisitos (junto al de ausencia de causas de justificación). Beling concibió la tipicidad con total independencia de la antijuridicidad y así la sola circunstancia de que un hecho sea típico no supone para éste autor ningún juicio de desvalor jurídico sobre el hecho, sino solo la constatación lógica de que el mismo es subsumible en una figura de delito. Por tanto, la tipicidad no implica necesariamente la antijuridicidad de la acción u omisión.

Para Mezger, el tipo no es indicio de injusto, sino injusto mismo tipificado (ratio essendi) por lo cual toda característica que excluya el injusto excluye también el tipo. Las causas de justificación se convierten pues en **características negativas del tipo**. El neokantismo concluirá posteriormente que sin tipicidad no cabe antijuridicidad, es decir, la tipicidad es ratio essendi de la antijuridicidad, es decir “la tipicidad de una conducta no es solo indicio (ratio cognoscendi) que permite suponer su antijuridicidad, sino que ésta, cuando concurre con relevancia jurídico penal, procede (ratio essendi) de la realización de un tipo –aunque tenga que ser sin causa de justificación-. La

tipicidad no es condición suficiente pero si necesaria de la antijuridicidad penal.”<sup>349</sup> Así se definirá el delito como acción típicamente antijurídica y culpable, dónde se aprecia claramente que la tipicidad es el modo en que ha de manifestarse el juicio de desvalor de la antijuridicidad para que tenga relevancia jurídico penal.

Posteriormente el finalismo estimará que el tipo es un mero indicio (ratio cognoscendi) de la antijuridicidad volviendo a una división tripartita del delito (hecho típico, antijurídico y culpable). Para Maurach “la tipicidad de una acción ofrece una presunción refutable de su antijuridicidad.”<sup>350</sup> Por tanto, procede distinguir un hecho típico que puede no ser antijurídico.

La diferencia entre ambas concepciones se percibe en el supuesto de error del autor sobre la concurrencia de una causa de justificación, por cuanto según la teoría que defiende Maurach y el finalismo se trataría de un error de prohibición y según el criterio discrepante, un error de tipo.

Cabe concluir que ante la realización de un hecho típico se puede establecer prima facie su antijuridicidad, salvo que concurra una causa de justificación. La persona que realiza un tipo penal, por ejemplo un homicidio, no realizará un acto antijurídico cuando lo efectúe bajo el amparo de una causa de justificación

---

<sup>349</sup> Mir Puig, op. cit., pág. 129.

<sup>350</sup> R. Maurach, op. cit., pág. 352.

(por ejemplo legítima defensa, ejercicio legítimo de un derecho o en cumplimiento de un deber). Por tanto, la antijuridicidad requiere la realización de un tipo penal sin causas de justificación. Se advierte que la comprobación última de la antijuridicidad de una conducta tiene carácter negativo, en la cual importa determinar si ante un hecho típico (indicio de antijuridicidad) concurre alguna causa de justificación que permita establecer que dicho comportamiento típico se encuentra justificado y, por lo cual, no se verificará la antijuridicidad penal y, como conclusión lógica no nos encontraremos ante un delito penal. Debe remarcarse que la exclusión de la antijuridicidad no implica la desaparición de la tipicidad y, por tanto, nos encontraremos ante una **conducta típica pero justificada**. Puede concluirse, como la mayoría de la doctrina acepta, que el tipo cumple una función indiciaria de la antijuridicidad; es decir, frente a un hecho típico no será necesaria una fundamentación de la antijuridicidad y sólo bastará con la constatación de que en el caso concreto no concurre una causa de justificación y podemos adherir a la conclusión del penalista Don Enrique Cury de que “la teoría de la antijuridicidad se resuelve en una teoría de las causales de justificación.”<sup>351</sup> De la misma opinión es Roxin que señala acertadamente que “Una conducta es antijurídica si no hay una causa de justificación que excluya la antijuridicidad.”<sup>352</sup> Posteriormente este autor señala que nos encontramos con 2 conceptos sistemáticos penales que a veces suelen hacerse sinónimos por la doctrina pero que en su opinión son diferentes.

---

<sup>351</sup> Enrique Cury, op. cit., pág. 356.

<sup>352</sup> Roxin, op. cit., pág. 557.

Así, nos encontramos con la “antijuridicidad” y con el “injusto”, siendo el primero de ellos una propiedad de la acción típica que consiste en la contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho Penal, mientras que el injusto penal se refiere a la misma acción típica y **antijurídica**, es decir al “objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor.”<sup>353</sup> Por tanto, en el concepto de injusto se encuentran presentes las categorías de la acción, tipicidad y antijuridicidad, mientras que si una acción típica es jurídica (por la concurrencia de una causa de justificación) se excluye el injusto penal.

Respecto a la antijuridicidad en los delitos omisivos podemos señalar que “la antijuridicidad del delito omisivo se caracteriza, a la inversa de la del delito de acción, por la **relación de contraste entre la inactividad y el mandato de la norma**, deducido del contexto del ordenamiento jurídico.”<sup>354</sup> Para Jeschek debe verse la esencia de la antijuridicidad en un comportamiento contrario al **deber de actuar** en los casos de delitos de omisión, para lo cual deberá analizarse la situación del deber de garantía. Es así que Don Eduardo Novoa Monreal en su obra “Fundamentos de los delitos de omisión” señala que “Todo lo concerniente a los presupuestos de hecho que configuran un delito impropio de omisión, incluido lo que mira a las bases fácticas de la obligación de actuar,

---

<sup>353</sup> Ídem, pág. 558.

<sup>354</sup> Cury citado por Ricardo Blanco en su tesis del delito de omisión, pág. 278. Lo destacado es mío.



pertenece al tipo; en cambio, tocan a la antijuridicidad la verificación de la prohibición de lesionar bienes jurídicos y la existencia de la obligación de actuar por parte del garante.”<sup>355</sup> Una opinión semejante sostiene Edmund Mezger que señala que “...la teoría del deber jurídico de actuar en el **hecho de omisión...** corresponde... a la **teoría de la antijuridicidad.**”<sup>356</sup>

Puede, por tanto, concluirse que la presencia en el caso concreto de las circunstancias de hecho que sirven de fundamento del deber de evitar el resultado son elementos que integran el tipo del delito de omisión impropio y así, si una persona desconoce que el niño que se está ahogando en el mar es su hijo no podrá sostenerse que ese padre ha incurrido en un homicidio por omisión impropio, por cuanto desconoce uno de los fundamentos de la posición de garantía (relación de parentesco). Se trataría de un error de tipo que excluiría el dolo pero dejaría subsistente la culpa.

Algo totalmente diferente es lo que se analiza en la antijuridicidad, por cuanto, aquí nos encontramos ante un hecho típico y el análisis del deber de actuar se realiza para determinar la contrariedad del no hacer con ese deber que nace del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, develar si existe o no un motivo que justifique incumplir ese deber de evitación de un resultado lesivo por existir, por ejemplo, un derecho de rango superior o de mayor jerarquía. En un

---

<sup>355</sup> Novoa Monreal, op. Cit., pág. 148.

<sup>356</sup> Mezger, Derecho Penal, parte general, 6ª edición, 1955, pág.106.

ejemplo: en el mismo caso del menor que se está ahogando y el padre sabe que se trata de su hijo pero no lo salva se verificará la existencia del deber de garantía (hasta el momento se trataría de un hecho antijurídico por cuanto existe la contraposición entre la inactividad y el deber de actuación impuesto por la norma) pero si su omisión se debe a que está siendo amenazado de muerte con un arma de fuego por un tercero se puede justificar su omisión por legítima defensa.

Además puede señalarse que el tipo cumple aquí la misma función indiciaria de la antijuridicidad de la conducta omisiva que cumple en los delitos dolosos comisivos y, que es esencialmente destruible por la concurrencia de alguna causa de justificación.<sup>357</sup> “En los delitos de omisión impropios también el cumplimiento de la tipicidad indicia la antijuridicidad.”<sup>358</sup> Por ahora basta con señalar que la mayoría de la doctrina estima que en los delitos de omisión son operantes todas las causas de justificación que se estudia en los delitos de acción y así es posible omitir en legítima defensa o en estado de necesidad.<sup>359</sup> De una opinión contraria es Susana Huerta Tocildo que limita los casos de legítima defensa y de estado de necesidad y de cumplimiento de deber para justificar una conducta omisiva.

---

<sup>357</sup> De esta opinión son Welzel, Derecho penal alemán, pág. 283 y 302; Susana Huerta Tocildo y Emilio Octavio de Toledo, Derecho penal, pág. 564; Mir Puig, Derecho penal, pág. 129.

<sup>358</sup> Welzel, op. cit., pág. 302.

<sup>359</sup> Así, Mario Garrido, derecho penal, parte general, tomo 2, pág. 249.

Es preciso señalar que en el delito de omisión impropio, como se ha dicho en reiteradas ocasiones, se castiga al omitente por el resultado acaecido, por haber dejado que se produjera encontrándose en una especial posición de garantía que lo obligaba a evitar ese resultado y no obstante eso, no evitó el resultado. Se puede apreciar nítidamente la relevancia que cobra el deber de garantía y que será analizado a continuación.<sup>360</sup>

Lo primero que es conveniente analizar es si ese deber de evitación debe ser exclusivamente jurídico (establecido por la ley) o puede tratarse de deberes religiosos, morales o de ética individual o basta con que este deber de garantía tenga una fundamentación jurídica, aunque no este formulado por la ley. Como se señaló en el capítulo en que se analizó las fuentes de la posición de garantía me parece acertada la formulación de Welzel en el sentido de que es suficiente que el deber de garantía tenga una fundamentación jurídica aunque la ley no lo señale expresamente.

Lo segundo se refiere a que este deber de evitación como elemento generador de una responsabilidad por un resultado (que será penado con el marco penal del delito de acción) es doblemente especializado. Es así que Mezger señala que “La existencia de un deber de actuar, no crea siempre, necesariamente una responsabilidad jurídico-penal en orden al **resultado** producido por la

---

<sup>360</sup> Debe señalarse que las fuentes de la posición de garantía fueron analizadas anteriormente como elemento del tipo, para determinar los elementos fácticos que les dan origen.

omisión.”<sup>361</sup> Este deber genérico de actuación presente en el delito omisivo propio, que nace de una norma imperativa, deberá reunir ciertas características para tener el carácter de deber de evitación (deber cualificado dice la doctrina) y servir de base al delito de omisión impropio. Será necesario que ese deber de actuar reúna 2 características, una personal y otra objetiva, para dar origen al deber de evitación que se ha señalado y que permitirá imputar al omitente el resultado lesivo que se establece en el tipo del delito de acción:

1.- Así, en primer lugar este deber cualificado para ser tal, debe ser un especial llamamiento a un grupo determinado de sujetos que excluya a la masa de los restantes sujetos como posibles autores del delito omisivo impropio. Novoa señala que “La posición de garante está constituida, esencialmente, por un llamamiento selectivo e imperativo, jurídicamente obligatorio, que pesa sobre alguien que asume la prevención de un riesgo; ella implica la exigencia de resguardar activamente los bienes jurídicos amparados por la norma...” Con posterioridad señala “Se trata de una exigencia de proceder activamente para conjurar la lesión del bien jurídico, por lo cual, en definitiva, se impone al garante la obligación de salvar el bien jurídico amenazado.”<sup>362</sup> Sólo por incumplir esta obligación extremada se podrá equiparar una actitud omisiva con una conducta activa de realización del tipo respectivo. Por consiguiente, quién se encuentra en posición de garante tiene sobre sí una obligación cualificada

---

<sup>361</sup> Mezger, op. cit., pág. 124.

<sup>362</sup> Para ambas citas, Novoa Monreal, op. cit., pág. 136.

que lo pone en una condición jurídica muy especial y gravosa: **intervenir activamente para conjurar un resultado prohibido**. Para graficarlo con un ejemplo podemos decir que en el caso de un menor que se está ahogando en una piscina pública el deber cualificado pesa sobre el salvavidas y, también, sobre los padres del menor y no sobre la generalidad de los bañistas que sólo cometerán, eventualmente, un delito de omisión propio (omisión de socorro si se verifican los elementos del tipo de ese delito) mientras que el salvavidas y los padres, si se ahoga el menor, incurrirían en un homicidio por omisión (considero que el padre cometería un homicidio y no un parricidio, por cuanto, la relación de parentesco ya ha sido considerada para cualificar el deber de actuación o en otras palabras, para dar origen a la posición de garantía y, por tanto, no podría volver a ser considerada para agravar el tipo delictivo (de homicidio a parricidio) sin vulnerar el principio del non bis in ídem. Vemos entonces, que en el delito de omisión propio también existe un deber de acción pero cuyos destinatarios son todos los sujetos que se encuentren en la situación descrita por el tipo (piénsese en la omisión de socorro del artículo 494 N° 14) mientras que en impropio solo ciertos sujetos son llamados a actuar para evitar el resultado, sobre los cuales pesa ese deber específico. Por tanto, deberes de acción que alcanzan en la misma medida a cualquier ciudadano deben ser descartados para fundamentar la posición de garantía que nos ocupa. Esto no significa que en el caso concreto no puedan concurrir ambas clases de deberes que den lugar a responsabilidad por un delito de omisión impropio para el garante y por uno de omisión propio para otro sujeto. Novoa señala que si “El

delito impropio de omisión está caracterizado por el hecho de que en él no se impide la lesión de un bien jurídico amparado por una norma prohibitiva y si ese no impedir no puede ser imputado a cualquier ciudadano sino únicamente a aquel que, en virtud de su especial proximidad con tal bien, se halla en la obligación jurídica de proporcionarle una protección activa, las reglas apropiadas para fundamentar y determinar esa obligación asumen una importante jerarquía dentro del estudio de ese delito.”<sup>363</sup> Por tanto, de la generalidad de sujetos sobre los cuales pesa un deber genérico de actuación (toda la comunidad) se procede a una limitación de los mismos por medio de las fuentes de posición de garantía para precisar el círculo de los garante-omitentes a los cuales se les podrá imputar el resultado prohibido e incurrirán, por tanto, en un delito omisivo impropio. El deber genérico de actuación (que existe en el delito omisivo propio) se dirige a todos los sujetos y se limita a exigir el despliegue de aquella actividad que, si bien regularmente es adecuada para evitar el resultado que la ley quiere prevenir, no precisa evitarlo en el caso concreto (se entiende esto por cuanto opera como una compensación a la ilimitada esfera de destinatarios del mandato)<sup>364</sup> y el mandato de la norma queda cumplido, en cuanto, el obligado con carácter general ha sido activo en la forma prescrita por la ley y no deberá soportar un riesgo por el resultado ni se le podrá imponer dicho riesgo en atención a la falta de especiales relaciones personales y objetivas con el bien amenazado (aún cuando sobrevenga el

---

<sup>363</sup> Novoa, op. cit., pág. 135.

<sup>364</sup> Así Maurach, Tratado de derecho penal, pág. 184 y ss.

resultado prohibido). Totalmente diferente es la situación que ocurre respecto del delito de omisión impropio en el cual la ley exige la evitación del resultado y además se equipara al garante que omite, vulnerando su deber, con el autor de un hecho comisivo con base en que sobre él recae un deber cualificado personal y objetivamente (una “incrementada esfera de deberes” al decir de Maurach).<sup>365</sup>

2.- La segunda característica de este deber de actuar se refiere a su especialización objetiva que consiste en que al sujeto no solo se le impone un **simple deber de acción**, sino un deber orientado a evitar el resultado típico: ésta persona sobre la que pesa el deber cualificado de actuación debe **responder**, frente a la sociedad, de que el resultado no se produzca en atención a su proximidad con el bien jurídico lesionado. (Como se vio con antelación al tratar la teoría funcional de la posición de garante el criterio de la proximidad con el bien jurídico y el de la efectiva asunción de una función de protección son esenciales para fundamentar una responsabilidad por omisión impropia). Considero que la primera característica es la única presente en el deber de acción y que la segunda señalada es una consecuencia de la limitación de los sujetos a quienes afecta.

Una omisión típica, como ya se ha dicho, puede no ser antijurídica, si es que concurre una causa de justificación, por lo cual, a la omisión se le puede aplicar

---

<sup>365</sup> Maurach, Tratado de Derecho penal, pág., 285.

todas las causales de justificación y así es posible omitir en legítima defensa o bien en estado de necesidad.

Aparte de eso la ley ha consagrado en nuestro ordenamiento jurídico una causal de exclusión del injusto en el artículo 10 N° 12 del Código Penal. En las conductas omisivas pueden presentarse circunstancias que las legitiman y así el artículo antes señalado establece un caso en que una omisión típica no es contraria a Derecho (o en otras palabras no es antijurídica), que consiste en incurrir en una omisión por causa legítima. Por tanto, si la causa que impide actuar es legítima, es decir, está de acuerdo con el ordenamiento jurídico, no cabe sino estimar que el hecho (omisión) se encuentra justificado y debe excluirse la responsabilidad penal por falta de antijuridicidad. Cury señala que el artículo 10 N° 12 es un correlato de lo que establece el N° 10 de ese mismo precepto para los delitos de acción.<sup>366</sup>

La doctrina mayoritaria es uniforme en señalar que en el delito omisivo impropio se aplican todas las causales de justificación del delito de acción, es decir, todas aquellas causas que excluyen la ilicitud de la conducta activa típica. Así lo señala Cury para quien “es posible omitir en legítima defensa o en estado de necesidad.”<sup>367</sup>

---

<sup>366</sup> Cury, Orientaciones..., pág., 307 y en “Derecho penal”, tomo 2, pág. 303.

<sup>367</sup> Cury, Orientaciones..., pág. 306.



En relación a la omisión, la ley penal no ha reglamentado con rigurosidad las causales de justificación, por lo cual se aplican las causales generales de justificación. Pero como ya se señaló el Art. 10 N° 12 establece en su primera parte una justificación específica para la omisión:

Art. 10: “Están exentos de responsabilidad criminal:

N°12: El que incurriere en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable.”

Señala Etcheberry que la mención a la causa insuperable se refiere a casos de falta de acción (vis absoluta) o de acción no culpable (miedo insuperable) mientras que la alusión a la causa “legítima” es una referencia a “la antijuridicidad de la conducta.”<sup>368</sup> Por lo tanto, será conveniente centrarnos en el análisis de ésta “causa legítima” y las diferentes situaciones que abarca.

Jaime Náquira señala que “el principio básico tratándose de los delitos de omisión, consiste en que el mandato pierde su eficacia cuando concurre, o una norma permisiva con eficacia excluyente que autoriza al súbdito a realizar una conducta diferente y excluyente de la antijuridicidad, o sea, el sujeto recobra su libertad; o bien concurre una norma imperativa con eficacia excluyente que obliga al súbdito a realizar una conducta diferente y excluyente de la posibilidad de actuar de que se trate. En el primer caso hay una autorización; en

---

<sup>368</sup> Etcheberry, Manual de derecho penal, pág. 174 y ss.

el segundo, no hay tal autorización sino simplemente una colisión de deberes, prima uno sobre el otro.”<sup>369</sup>

A continuación señala este autor que la ley en el Art. 10 N° 12 al hablar de causa legítima se refiere a los casos en que existe una colisión de deberes. Para Don Ricardo Blanco<sup>370</sup> el tenor de la norma establecida en el numeral 10 del artículo 12 del Código Penal parece indicar que la voluntad de la ley se refiere a los casos en que el actor se ve requerido por dos mandatos diferentes y excluyentes entre sí. Señala a continuación, que quien se encuentra autorizado para omitir, difícilmente podrá encontrarse impedido por causa legítima y que esta fórmula de “encontrarse impedido por causa legítima” describe acertadamente la situación que se produce con ocasión de la colisión de deberes.

Posteriormente Náquira procede a distinguir 2 hipótesis:<sup>371</sup>

1.- aquellos en que la autorización se refiere a la conducta omisiva típica en cuanto tal y;

2.- aquellos en que la autorización se refiere de manera indirecta a la conducta omisiva típica.

---

<sup>369</sup> Náquira, La omisión, pág. 54.

<sup>370</sup> Ricardo Blanco, Los delitos de omisión, memoria de prueba, pág. 285 y ss.

<sup>371</sup> Igual sistematización señala Ricardo Blanco, Los delitos de omisión, pág. 286 y ss.

Para éste autor la primera situación se produce, por regla general, en las omisiones impropias cuando el evento resulta de la represión de una agresión y señala como ejemplo el de “si A garante de la vida respecto de B, es atacado por éste último, y durante la pelea A se da cuenta de la existencia de un peligro para B, y no lo comunica ni hace nada para desvirtuarlo, es perfectamente legítimo decir que A actuó en legítima defensa.”<sup>372</sup> En este caso la justificación de la omisión debe fundarse en el número 4 del artículo 10 del Código Penal, es decir, recurrir inmediatamente a la legítima defensa y descartarse la justificación de la omisión por el número 12 del artículo 10.<sup>373</sup>

La segunda situación se caracteriza por cuanto “se produce una acción, excluyente de la posibilidad de actuar destinada a salvar o proteger un bien de mayor valor que aquel perseguía conservar la acción posible no efectuada.”<sup>374</sup> Para clarificar esta situación es conveniente analizar el ejemplo que propone Náquira que se refiere al caso de A que es garante de cierta maquinaria ajena, la cual debe ser vigilada constantemente ya que de lo contrario se podrían producir graves daños a ésta; en un momento determinado una persona que pasa por el lugar se expone sin darse cuenta a un grave peligro, ante lo cual A abandona la custodia de la máquina y salva a B, produciéndose los daños al

---

<sup>372</sup> Náquira, op. cit., pág. 54.

<sup>373</sup> De la misma opinión es Ricardo Blanco, op. cit., pág. 285 y ss.

<sup>374</sup> Ídem.

dueño de la máquina. Concluye éste autor que se produce un conflicto de Bienes Jurídicos de distinta jerarquía lo que permite concluir que el artículo 10 N° 12 se extiende a los casos de colisión de deberes como a las hipótesis de colisiones de bienes jurídicos en peligro paralelo. Pero enfrentados a una situación como ésta debe determinarse cual deber o bien jurídico es preponderante o se le debe otorgar mayor supremacía. Al respecto Náquira establece 2 criterios: el primero atiende al nivel jerárquico de las normas imperativas en conflicto y el segundo atiende a un criterio material que consiste en la ponderación de los bienes jurídicos involucrados y en el caso citado la actuación del obrero se justifica por el hecho de otorgar su protección al bien jurídico vida o integridad corporal por sobre el de la propiedad (la posición de garantía emana del deber de control de una fuente de peligro que como hemos visto es formulación de la moderna doctrina de las fuentes de posición de garantía). Esta solución a juicio del autor que analizo es la más justa, lo que considero acertado. No importa la fuente legal del deber de garantía sino el valor intrínseco del bien jurídico, lo cual cobra mayor relevancia en los tipos culposos en los cuales se atiende a reglamentaciones de menor jerarquía normativa que la ley, como son los reglamentos y que deben ser analizados para determinar si el sujeto actuó o no conforme al cuidado exigido, que en gran cantidad de casos es fijado por esos reglamentos como lo señala el artículo 491 del Código Penal.

Puede apreciarse que en este último caso la omisión no es valiosa per se (lo que si ocurría en los casos de legítima defensa señalado en la situación signada con el numero 1) sino que existen dos acciones valiosas posibles y ante esa disyuntiva el sujeto opta por una de ellas sacrificando el bien jurídico que la otra podía haber conservado.

Como ya se ha dicho el artículo 10 n° 12 abarca tanto la situación de las colisiones de deberes como la colisión de bienes jurídicos en peligro coetáneo y que el sujeto forzosamente debe obrar en un determinado sentido, vale decir, en la dirección del mandato que tiene primacía. Entonces, el problema radica en determinar cual es el mandato o deber que está provisto de eficacia excluyente. Como antes se dijo son dos los criterios sustentados por la doctrina y que son: a) es posible atender al nivel jerárquico de las normas imperativas en conflicto y b) un criterio material que pone el acento en la importancia de los bienes jurídicos protegidos por una y otra.

Reitero que el criterio que parece mas acertado es el segundo y, por tanto, omitirá legítimamente quien realizó una acción distinta a la exigida por una norma jurídica cuya finalidad se encamina a la conservación de un bien jurídico de mayor entidad que aquel a que estaba vinculada la posibilidad de actuar no efectuada. En sentido contrario, no estará justificada la omisión cuando la acción llevada a cabo se dirige a la protección de un bien jurídico de menor jerarquía que el tutelado por la norma imperativa cuyo mandato se infringió.

Pero ¿que sucede en las situaciones en que los bienes jurídicos en conflicto o los mandatos involucrados tienen la misma entidad? En primer lugar debe señalarse que la ley impone la obligación de actuar respecto de ambas posibilidades ya sea que se trate de un conflicto de bienes de igual entidad o de mandatos equivalentes, en los cuales el sujeto deberá optar por uno de ellos. Náquira refiriéndose al caso de bienes jurídicos de igual importancia señala que “si el agente escoge una posible acción y la concreta, la no actualización de la otra no queda justificada aunque se configure una causal, ya que el agente no podía realizar ambas acciones al mismo tiempo.”<sup>375</sup> El mismo autor señala que existe otra posición al respecto que señala que en este caso se presenta una causa de justificación, por cuanto, ambos bienes jurídicos estaban legalmente amparados por una posible acción y solo se plantearía una acción injustificada si una de las acciones no estuviera protegida por la ley por un especial mandato y fuera esa misma acción la que el agente actuó. Similar opinión sostiene Blanco para quien “si los bienes resultan de idéntico valor, no existe justificación.”<sup>376</sup> Para este autor la justificación existirá cuando se trate de bienes de diferente valor en que el bien cuya lesión se evitó es de mayor valor que el cautelado por la norma imperativa. A continuación señala “En efecto, en este caso, el sujeto no es libre de las dos alternativas, ambas de similar utilidad social, una es exigida y la otra no, en consecuencia debe elegir la posibilidad de actuar exigida por la norma. Ej. Si A tiene posición de garante respecto de B,

---

<sup>375</sup> Náquira, op. cit., pág. 55.

<sup>376</sup> Ricardo Blanco, op. cit., pág. 290.

pero no respecto de C, y ambos se encuentran en peligro de morir, el salvamento de C no legitima la omisión referida a la muerte de B.”

Para Ricardo Blanco, en los casos de conflicto de mandatos de igual entidad, como el sujeto está desprovisto de toda libertad en la elección por cuanto ambas posibilidades de actuar son igualmente exigidas por la ley “no parece, por tanto, lógico afirmar que la efectuación de una de ellas no legitima la no efectuación de la otra.”<sup>377</sup> Para graficar su postura señala el siguiente ejemplo: “Si X tiene posición de garante respecto de la vida de Z e Y, ambos se encuentran en peligro de perecer, de manera que el salvamento de uno excluye el salvataje del otro, X puede optar por cualquiera de las dos posibilidades de obrar, siendo legítima su omisión...”<sup>378</sup><sup>370</sup> Incluso podría sostenerse la atipicidad de la omisión en el sentido de que falta la capacidad de actuar en **ambas** situaciones en forma simultánea.

Finalmente en el caso en que el conflicto se produce entre un bien jurídico del agente que entra en colisión con uno ajeno (por ejemplo la vida) se producirá un caso de exculpación, o como señala Blanco “constituirá un estado de necesidad exculpante”. Incluso este caso podría resolverse desde la tipicidad por cuanto al garante no se le puede exigir una exposición al peligro, es decir, no existiría la

---

<sup>377</sup> Ricardo blanco, op. cit., pág. 289.

<sup>378</sup> Ídem.

posibilidad de actuar en los casos en que la acción implique un serio riesgo para la integridad del garante.



### **3.5.- LA CULPABILIDAD:**

Como se dijo anteriormente la sola constatación de la realización de un hecho típico no da origen a responsabilidad penal sino que es necesario que se realicen dos valoraciones: la primera se orienta a calificar si el hecho típico es contrario a Derecho, es decir, consiste en determinar la antijuridicidad de la conducta, lo que se analizó anteriormente. Una vez determinado que esa acción o u omisión típica no se ajusta a las exigencias que establece el ordenamiento jurídico, nos encontraremos ante lo que la doctrina denomina, el “injusto penal”. Podemos apreciar que la acción u omisión realizada ha debido ser primeramente englobada dentro de una descripción típica y, en segundo lugar, determinar su contrariedad al Derecho, ambas operaciones se centran en el elemento fáctico del delito. La segunda valoración a la que nos referíamos no se centra en los elementos fácticos del delito, sino que pone su atención en el sujeto responsable.<sup>379</sup> Es la llamada culpabilidad que consiste en un reproche que se realiza al autor del hecho por no haber adecuado su actuar a lo que le exigía el ordenamiento jurídico.

---

<sup>379</sup> Bustos: el profesor habla de la teoría del sujeto responsable, M anual de derecho penal, pág. 309.

### 3.5.1.- Evolución del concepto de culpabilidad.

En un principio se concibió la culpabilidad como la relación psicológica del autor con su hecho y cuyos elementos eran el dolo y la culpa; esta es la llamada teoría psicológica de la culpabilidad. Esta teoría pertenece al ámbito de los autores de la corriente causal naturalista, destacando principalmente Von Liszt y Radbruch.<sup>380</sup> En esta concepción el dolo y la culpa no solo pertenecen a la culpabilidad, sino que son las dos únicas formas de culpabilidad. Esta teoría fue objeto de críticas, de las cuales las más importantes son:

1.- No puede explicar la naturaleza de la vinculación causal psicológica que existía entre el sujeto y su hecho en el caso de la culpa, en la cual el sujeto **no quiere** provocar el resultado típico. Es claro que en el caso de dolo, el sujeto se representa el hecho y además lo quiere; pero en los casos de culpa el sujeto no quiere la producción del resultado, por lo cual difícilmente puede hablarse de una **vinculación psicológica** del autor con su hecho.

2.- En lo relativo a la graduación de la culpa: es claro que el dolo y la culpa no admiten una graduación, por cuanto hay o no dolo, hay o no culpa, y no es posible considerar estados intermedios. Actualmente la doctrina es uniforme en

---

<sup>380</sup> Citado por Cury, Derecho pena, pág. 14.

que la culpabilidad es un elemento esencialmente graduable que incide directamente en la determinación del quantum de la pena.

Posteriormente surge la teoría normativa compleja, influenciada por el neokantismo que, como ya hemos dicho, incorpora criterios de valor en la teoría del delito, para la cual la culpabilidad deja de ser una vinculación psicológica del autor con su hecho, para transformarse en un juicio de reproche del acto a su autor. Para esta teoría forman parte de la culpabilidad los siguientes elementos; 1) imputabilidad, es decir, que el autor haya tenido una capacidad suficiente para efectos penales; 2) que haya actuado con dolo o culpa y 3) que el sujeto al actuar lo haya hecho en circunstancias normales.

Así las cosas, la culpabilidad deja de reposar en un vínculo psicológico para transformarse en un juicio de valor, que recae en el sujeto en relación a su actuar. Posteriormente la escuela finalista precisa de mejor forma los elementos de la culpabilidad y el concepto mismo de ésta. Como es bien sabido por todos, el finalismo procede a trasladar al dolo y la culpa a la tipicidad, que dejan de ser elementos de la culpabilidad para pasar a ser elementos subjetivos del tipo, con lo cual la culpabilidad se mantendrá como un juicio de reproche al sujeto por su hecho y cuyos elementos son: 1) imputabilidad; 2) conciencia de la antijuridicidad; y 3) exigibilidad de otra conducta, que se mantienen como la teoría actualmente vigente y que será desarrollada a continuación.

### 3.5.2.- Elementos integrantes de la culpabilidad.

- 1) imputabilidad;
- 2) conciencia del injusto;
- 3) exigibilidad de otra conducta.

La imputabilidad se entiende como la “capacidad de conocer que es injusto y de actuar conforme a tal comprensión.”<sup>381</sup> La doctrina mayoritaria en Chile estima que la imputabilidad se compone de dos elementos: a) la normalidad de las facultades psíquicas de las personas en el plano intelectual que permitirá al sujeto captar la ilicitud de su actuar y b) la capacidad de adecuar ese actuar a la comprensión que adquiere del mismo. Por tanto, se puede señalar que imputabilidad es **“facultad de motivación del sujeto conforme a la norma.”**<sup>382</sup>

La ley estima que generalmente las personas son imputables y que excepcionalmente son inimputables, por lo cual deberá probarse lo excepcional, que es la inimputabilidad. En Chile son inimputables los menores de 14 años, el loco o demente y quien se encuentre privado totalmente de razón por causa independiente de su voluntad.

---

<sup>381</sup> Mario Garrido, op. cit., pág. 208.

<sup>382</sup> Muñoz Conde, citado por Mario Garrido, op. cit., pág. 210.

La conciencia del injusto consiste en el conocimiento del sujeto de que su actuar es contrario a Derecho y en palabras de Don Mario Garrido consiste en “que el autor sepa que su comportamiento se contradice con el orden comunitario, o sea, que está prohibido por el sistema.”<sup>383</sup> La conciencia del injusto no se presentará cuando el sujeto incurra en un error de prohibición y que puede ser definido como aquel error en que incurre una persona que cree estar obrando conforme a Derecho, aunque en realidad realiza una acción típica y antijurídica, es decir, tiene un falso concepto de la licitud de su actuar. Tradicionalmente se señala que los casos de error de prohibición consisten en aquel en que el sujeto cree estar obrando amparado por una causal de justificación que no existe o cuando existiendo esta causal su actuar se extiende mas allá de lo permitido por la ley, o bien cuando cree que su actuar no se encuentra prohibido. Este tema será materia de un estudio posterior en relación al delito de omisión impropia que es el único campo de la culpabilidad que posee características propias para esos delitos.

Por último, la exigibilidad de otra conducta se refiere a la posibilidad de exigir al autor de un acto típico y antijurídico que adecuara su actuar a lo exigido por el ordenamiento jurídico. Es lógico pensar que solo se puede exigir tal conducta adecuada a Derecho cuando el sujeto actuó bajo ciertas circunstancias normales que permitían que se motivara conforme a la norma. Cuando no existen éstas

---

<sup>383</sup> Mario Garrido, op. cit., pág. 212.

circunstancias normales no puede exigirse a los sujetos que se motiven en el sentido de la norma jurídica, es decir, no se les puede exigir un comportamiento diverso. Se cita como caso de anormalidad de las circunstancias el de un naufragio en que 2 náufragos se encuentran una tabla que solo podrá aguantar a uno de ellos y entonces uno de ellos repele al otro que se ahoga (hecho típico y antijurídico) en el cual no existe un estado de necesidad justificante (el estado de necesidad requiere que los bienes jurídicos en conflicto sean de distinta entidad) sino que uno exculpa por tratarse de bienes jurídicos de idéntico valor. Otras causales de inexigibilidad de otra conducta son el miedo insuperable, la fuerza irresistible, la obediencia debida.<sup>384</sup>

### **3.5.3.- La culpabilidad en el delito de omisión impropia.**

Como ya se ha señalado la culpabilidad en el delito de omisión impropia presenta pequeñas diferencias con la que se presenta en el delito comisivo por lo cual en las próximas líneas analizaremos esas diferencias.

En primer lugar, en los delitos de omisión la conciencia del injusto se refiere al conocimiento que tiene el sujeto del mandato jurídico de realizar una determinada acción y, por tanto, “el autor debe saber que por disposición del

---

<sup>384</sup> Cury, Derecho penal, parte general, tomo 2, pág.. 81 y ss.

Derecho no puede omitir la acción correspondiente.”<sup>385</sup> Por otro lado, en el delito comisivo la conciencia del injusto se refiere al conocimiento de la prohibición que pesa sobre el sujeto. A pesar del distinto punto de referencia desde el cual debe analizarse la conciencia del injusto en ambas modalidades delictivas, su estructura es igual.

En los delitos de omisión, por tanto, la doctrina habla de error de mandato y no de error de prohibición que es el nombre usado para los delitos de acción. El error de mandato existe cuando el sujeto yerra sobre el deber de acción que pesa sobre él, es decir, desconoce la norma preceptiva que le impone una determinada acción salvadora.<sup>386</sup> De esta opinión es Cury para quien “Respecto a la conciencia de la antijuridicidad ha de tenerse en cuenta que para los delitos omisivos es **conciencia del mandato**. Por esto, la teoría del **error de prohibición** se sustituye, para estos casos, por una teoría del **error de mandato**. Las consecuencias son las mismas.”<sup>387</sup> Este error de mandato excluirá la culpabilidad de la omisión. El error de mandato se presentará cada vez que el sujeto no haya tenido conciencia de que el ordenamiento jurídico le exigía practicar la acción que ha omitido. El conocimiento de la antijuridicidad de la omisión debe afirmarse con el hecho de que exista un conocimiento potencial de la ilicitud de la omisión y no se requiere un conocimiento efectivo.

---

<sup>385</sup> Jescheck, op. cit., pág. 578.

<sup>386</sup> Así Maurach, Tratado de derecho penal, pág. 499; Cury, Derecho penal, pág. 301 y ss.; Jescheck, Tratado de derecho penal, pág. 578 y 579.

<sup>387</sup> Cury, Orientación..., pág. 307. Destacado en el texto.

De esta opinión es Mario Garrido para quien “No es fundamental una conciencia **actual**, sí debe existir, como mínimo, un conocimiento **potencial**, latente en el autor, en relación a la ilicitud; es suficiente que haya tenido la posibilidad de adquirirlo, aunque en definitiva lo haya ignorado.”<sup>388</sup>

Pero como hemos señalado en el delito de omisión impropia se presenta una norma prohibitiva además de la preceptiva por lo cual también se presentará un error en cuanto a la norma prohibitiva que sirve de fundamento al delito en estudio y que hemos visto se configura en atención a un tipo de acción que nada dice sobre su posibilidad de comisión por omisión y tampoco la prohíbe expresamente ni por los términos de la redacción legal.

Maurach señala los casos en que se produciría este error de mandato y así actúan en este error:

1.- quien pese a conocer la situación fáctica originadora del deber de garantía, no extrae la consecuencia de ser la persona de la que el ordenamiento jurídico puede esperar la evitación del resultado (en general este caso es asimilable al error de prohibición de los delitos comisivos). Así también Welzel considera que cuando el omitente, conociendo la posición de garante, cree no tener ningún deber de impedir el resultado, se encuentra en un error de mandato<sup>389</sup>; y

---

<sup>388</sup> Garrido, op. cit., pág. 212. Destacado en el texto.

<sup>389</sup> Welzel, op. cit., pág. 302 y ss.



2.- quien, no obstante conocer el deber de acción, cree equivocadamente que el mandato de actuar, o ha retrocedido como consecuencia de derechos mas intensos (error sobre una causa de justificación), o no precisa tener eficacia determinante personal sobre él, por concurrir una situación de necesidad. (Error sobre una causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho)<sup>390</sup> Concluye que el error de mandato tiene los mismos efectos que el de prohibición respecto de los delitos comisivos.

Respecto a la exigibilidad de otra conducta la doctrina nacional se encuentra dividida en 2 posiciones en relación a lo establecido por el artículo 10 N° 12 segunda parte del Código Penal que señala:

Artículo 10. Están exentos de responsabilidad criminal:

N° 12: El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o **insuperable**.

Para algunos autores esta causa insuperable configuraría una causal amplia de inculpabilidad por ausencia de exigibilidad. Cury sostiene que los autores que sostienen que se trataría de un caso de ausencia de omisión consideran a este artículo similar o un correlato del artículo 10 N° 9 primera parte del mismo código, en el cual la doctrina encuentra un caso de ausencia de acción por

---

<sup>390</sup> Maurach, op. cit., pág. 294.

fuerza irresistible. Este autor critica esta solución por cuanto en el segundo artículo citado cuando la ley habla de fuerza no se limita a la fuerza física y con mayor razón esa solución no es aplicable al numeral 12 del artículo en análisis por que la ley ni siquiera usa la palabra fuerza. Por el contrario la ley habla de “causa insuperable” y que debe identificarse con la segunda parte del artículo 10 N° 9 al hablar de miedo y que tradicionalmente ha sido considerado un caso de inexigibilidad de otra conducta. Por tanto, concluye Cury que por causa insuperable **“ha de tenerse aquella que suprime, en el caso concreto y para el individuo concreto, la exigencia general de obrar conforme a la voluntad del Derecho.”**<sup>391</sup>

Para otros autores, como ya se esbozó anteriormente, esta **causa insuperable** constituiría un caso de ausencia de omisión y, por tanto, una causal de atipicidad. Para Mario Garrido la ley utiliza la palabra causa “en sentido fenoménico, como impedimento material no susceptible de superación por el sujeto que lo imposibilita para realizar la acción que de él se espera.”<sup>392</sup> En estos casos no se presentaría una omisión en sentido normativo, por cuanto, como vimos al analizar el concepto de omisión, este es un concepto normativo en el cual se espera algo del sujeto siempre que exista la capacidad para actuar. No existe cuando el sujeto estaba en la imposibilidad de realizar la acción esperada. Este autor no llega al extremo de hacer equivalentes los numerales 9

---

<sup>391</sup> Cury, Orientaciones..., pág. 308. Destacado en el texto. Igual conclusión en Derecho penal, parte general, tomo 2, pág.. 303.

<sup>392</sup> Garrido, op. cit., pág. 192 y ss.

primera parte y 12 segunda parte, ambos del artículo 10, concluyendo que se puede presentar casos de fuerza física irresistible (que se engloban en el número 12 segunda parte del artículo 10) que deberán excluir la presencia de omisión (caso de un salvavidas que es aturdido por terceros durante su labor de vigilancia con el objetivo de que no salve al bañista que se ahoga) y por lo cual “La causal del N° 12 tiene su rol propio, distinto al que tiene la del N° 9, que también es aplicable a la omisión cuando se cumplen los presupuestos que requiere.”<sup>393</sup> Además señala que para los casos de fuerza moral irresistible hay omisión pero que no puede reprochársele al sujeto por que no le era exigible otro comportamiento y que, a juicio de Garrido, se le aplica el artículo 10 N° 9. En mi opinión el numeral 12 contempla en la expresión “causa insuperable” tanto los casos de circunstancias externas al sujeto que le impiden actuar y que no constituyen fuerza como aquellos casos en que se omite por una fuerza física insuperable, en que ambos tendrán la aptitud de excluir la omisión a nivel típico, es decir, se trataría de causales de atipicidad.

No existe mayor discusión en cuanto a que una fuerza moral irresistible constituirá una causal de exclusión de la culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. La doctrina señala que el artículo 10 N° 9, primera parte, del Código penal se refiere a una fuerza moral irresistible y no debe entenderse que se aplique a los casos de fuerza física por cuanto “Parecería absurdo...que el

---

<sup>393</sup> Ídem.

legislador hubiese considerado necesario incorporar al catálogo de eximentes una que, de manera específica, se refiriese a esta hipótesis de ausencia de acción. Desde que en la definición del delito, contenida en el artículo 1º inc. primero, la acción aparece como el elemento estructural básico de todo hecho punible, resultaría pleonástico insistir luego en que no hay delito si falta la acción.”<sup>394</sup>

Las otras causales de exclusión de la culpabilidad que señala la doctrina son plenamente aplicables a la omisión y son el miedo insuperable, el encubrimiento de parientes y el cumplimiento de ordenes antijurídicas (obediencia debida).

---

<sup>394</sup> Cury, Derecho Penal, tomo 2, pág. 83.

### **3.6.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA:**

Un tema que ha debatido largamente la doctrina penalista es el relativo al principio de legalidad y su relación con el delito de omisión impropia. ¿Constituye una infracción al principio de legalidad el hecho de que el delito omisivo impropio debe construirse en base a un tipo de acción, en los cuales nada se dice sobre el círculo de autores posibles? o en otras palabras ¿infringe este principio el hecho de que la posición de garante sea un elemento no escrito de los tipos penales? En los siguientes párrafos trataremos de dar una respuesta a estas interrogantes.

En primer lugar debemos señalar que el principio de legalidad ha sido definido como aquel principio formal del Derecho Penal en virtud del cual solo la ley puede establecer delitos y penas. En su formulación en latín se señala *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es decir, no hay delitos ni penas sin ley.

La doctrina señala que este principio se divide en 2 subprincipios: el de legalidad en sentido formal y en sentido material. El primero de ellos se refiere a que solo la ley puede crear delitos y establecer las penas para estas infracciones (principio de reserva legal) en el sentido que el único que esta facultado para crear ilícitos penales es el Poder Legislativo y no el Ejecutivo ni

el Judicial. Se trata, entonces, de una exigencia de seguridad jurídica (conocer anteladamente los delitos, contravenciones y sus correspondientes penas).

Además, se trata de una garantía política (en el sentido que el ciudadano no podrá verse sometido por el Estado y por ende los jueces a sanciones que no admita el pueblo). El segundo, también llamado principio de taxatividad dice relación con que la ley debe señalar en forma precisa cual es la conducta prohibida o mandada.

En relación al delito de omisión impropia la doctrina ha discutido arduamente si en base a un delito de acción legalmente tipificado se puede construir uno omisivo. En efecto, mientras el delito de omisión propia siempre está descrito por la ley penal, los delitos de comisión por omisión generalmente son innominados y se construyen en relación a un tipo de acción que por su redacción legal no excluye expresamente la omisión. ¿Esta forma de actuar constituye una violación al principio de reserva legal? Debemos en primer lugar señalar que en la Constitución Política de la República se señala en el artículo 19 n° 3 inciso 4 que “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho” y en el código penal se define el delito como toda acción u omisión, lo que puede entenderse como una interpretación auténtica del vocablo “hecho” usado por la Constitución, por lo cual se extiende la garantía constitucional tanto a las acciones como a las omisiones.

Podría sostenerse que esta referencia a la omisión del artículo 1 del código penal se remite solo a la omisión propia. Pero una interpretación de éste tipo me parece insostenible teniendo en especial consideración lo establecido por el artículo 492 del código penal que sanciona al “que con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecute un hecho o incurra en una omisión que de mediar malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas”, pero en la regulación que el código realiza de los delitos contra las personas no establece ninguna figura omisiva propia contra las personas, por lo cual debe entenderse que ese precepto se está refiriendo a los casos de omisión impropia.<sup>395</sup>

El código plantea entonces la posibilidad de cometer una omisión (necesariamente impropia) contra las personas y para lo cual debe recurrirse a los tipos de acción que no excluyan expresamente la modalidad omisiva.

Otro argumento al que recurre la doctrina para legitimar la omisión impropia se refiere a un correcto entendimiento de los tipos legales. Se señala que el entender que los verbos típicos de los preceptos de la parte especial tienen un carácter descriptivo de procesos físicos de causación (por tanto excluyentes de la omisión que no es causal) es un error. En realidad los verbos típicos tienen un

---

<sup>395</sup> Así Bustos y otros, Omisión de socorro y homicidio por omisión, pág. 170 y ss.

sentido mucho mas **adscriptivo** que descriptivo de procesos causales, es decir, “adquieren sobre todo un significado de atribución de responsabilidad, y no de descripción de causalidad.”<sup>396</sup> Por tanto, cuando en el código se sanciona al que matare a otro, no solo significa sancionar al que causare la muerte en sentido naturalístico, sino que dicha expresión es comprensiva de todos los procesos en los cuales se pueda adscribir a un sujeto como propio el proceso de producción de la muerte de otro, lo cual es obvio que ocurre en los delitos de acción pero, no es menos cierto, que en los casos de omisión impropia el sujeto garante (por estar en esta específica posición de garantía como un deber cualificado de actuar como barrera de contención) tiene pleno control de un proceso que desembocará en la muerte, que si bien no ha sido iniciado por este garante, le pesa la obligación de interrumpirlo en protección del bien jurídico tutelado por el Derecho. Por tanto, la comprensión de los verbos típicos en sentido causal es insuficiente y errado. Para estos efectos es indiferente si el proceso causal puede imputarse a terceros en cuanto a si han sido estos terceros los que originaron el curso causal y, por tanto el resultado podrá imputarse al omitente-garante aun cuando el no hubiese generado empíricamente el proceso causal, en virtud de su rol de garante de bienes jurídicos. Así Silva Sánchez señala que “La interpretación reduccionista-descriptiva-causalista no se corresponde, pues, con un adecuado entendimiento del criterio gramatical semántico como marco de la construcción dogmática de los tipos, sino que

---

<sup>396</sup> Silva Sánchez, El nuevo código penal: Cinco cuestiones fundamentales, pág. 60. El destacado es mío.



constituye una mera secuela de la influencia desplegada en su día por las tesis del causalismo naturalista...<sup>397</sup>

Se señala por la doctrina que, la omisión impropia debe entenderse como el resultado de cambios de estrategia en el sistema de incriminación tradicionalmente vinculados a delitos comisivos y omisiones propias, este razonamiento no es otra cosa, que la misma sociedad pretende dotarse de mecanismos eficaces que aseguren niveles mínimos de estabilidad social (tutela de bienes jurídicos), con lo cual cobra relevancia las formas de control social.

Señala Jescheck que para los delitos de comisión, éstos deben ser modificados y complementados de tres maneras: En primer lugar, debe partirse de que los tipos de los delitos de comisión, pueden, en principio, llenarse mediante la no evitación del resultado típico, incluso si ello no aparece expresamente en la propia ley. En segundo, y puesto que cualquier persona no puede ser autor de un delito impropio de omisión, procede determinar con la ayuda de elementos especiales cuál sea el círculo de garantes que ha de tomarse en consideración como autores del delito impropio de omisión. En tercer lugar debe admitirse que el elemento de la causación del resultado por un hacer positivo puede

---

<sup>397</sup> Ídem, pág. 61.

sustituirse en el delito impropio de omisión por la no evitación de la producción del resultado.<sup>398</sup>

La doctrina de la omisión impropia lo que realiza es extender los modelos conductuales típicos (monopolizados por la comisión y la omisión propia tipificada) a situaciones y circunstancias no previstas en los tipos penales. Se refiere a una cláusula general de omisión impropia. Así también la tentativa, los grados de participación delito son elementos de la parte general que se extienden a los tipos de la parte especial. Lo importante es que esta forma de proceder respeta ciertos principios de orden constitucional y penal, especialmente el principio de legalidad. En otras palabras, si bien, como se ha dicho, la omisión impropia constituye una ampliación de la conducta delictiva y, por ende, se ofrece una excesiva intervención punitiva por parte del Estado, también lo es que este sistema de "plus" imputativo debe operar paralelamente a través de un sistema de garantías mínimas que la doctrina y la jurisprudencia han ido desarrollando a lo largo del tiempo.

Es menester advertir que la omisión impropia no constituye solamente un modelo "alternativo" en la conducta típica -junto a la comisión positiva y omisión propia-, eso sería reducir enormemente su capacidad de rendimiento a

---

<sup>398</sup> Jescheck, Hans-Heinrich; "Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado", traducción de José Luis Manzanares Samaniego, en: Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania", Madrid, 1991, pág. 84.

sectores netamente "típicos" a modo de un plan de descarte residual. La omisión impropia debe ser considerada todo un sistema de imputación autónomo en la construcción analítica del delito, con repercusión en todos los niveles de análisis, igual por ejemplo que la doctrina de la imprudencia o la tentativa. En este sentido, puede verse en los manuales o tratados modernos de Derecho penal en su Parte General que la omisión impropia forma parte de un capítulo autónomo abarcando dentro de éste, categorías como la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad en perspectiva obviamente omisiva. Así las cosas, la doctrina de la omisión impropia, como cualquier categoría de la dogmática jurídico-penal tiene que estar rodeada de específicos condicionantes (objetivos y subjetivos), ya sea en los deberes objetivos de garantía, en el tema de la convertibilidad de hacer y no hacer, en el curso causal hipotético, en el componente subjetivo doloso o culposo, en las causas de justificación y exculpación, entre otras cuestiones.

### **3.6.1.- ¿LA OMISIÓN IMPROPIA ES UNA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD?**

No existe en el código penal ninguna norma que establezca expresamente: "El que deja morir a alguien será reprimido..." por lo cual se ha señalado que la omisión impropia vulneraría el principio de legalidad y es así como el propio Welzel admitía que en estos delitos, el problema decisivo no sólo era desde el punto de vista dogmático, sino también desde el punto de vista del Estado de

Derecho, donde el principio *nulla poena sine lege* experimenta una profunda limitación: sólo la conducta del autor está "legalmente determinada" y no las características objetivas de autor. "Por esta razón -indica el autor- se han hecho valer siempre reparos de índole constitucional en contra de los delitos impropios de omisión."<sup>399</sup> Señala este autor que la dificultad dogmática no radica en las deficiencias de una ley determinada, sino en la naturaleza de las cosas. Es imposible, por principio, circunscribir concreta y exhaustivamente en tipos legales la inmensa variedad de posibles autores de omisión. De más esta decir, que sin duda la problemática fundamental de la constitucionalidad de la omisión impropia está en determinar cuáles serían los límites del deber de evitación de resultados típicos (posición de garante) para "evitar" las ampliaciones en el círculo de autores posibles.

Sin embargo, la doctrina como la jurisprudencia desde hace algún tiempo han reconocido comportamientos omisivos que no estaban expresamente tipificados, es decir, se sancionaban determinadas evitaciones de resultados "típicos" cuya vulneración estaba protegida solo por acciones positivas (por ej. homicidio), a esta figura delictiva se le dio el nombre de delitos de comisión por omisión, y reprimía utilizando el marco penal de los delitos de comisión. En tal línea de pensamiento, Mir Puig, -en el marco del anterior CP español- decía que "estimaba acertado el punto de partida según el cual la admisibilidad de la

---

<sup>399</sup> Welzel, Hans, op. cit., 1970, pág. 288.

comisión por omisión depende, en un Derecho como el nuestro en que no existe ningún precepto que prevea su existencia, de que quepa en el sentido del tipo. Para que esto sea posible tenía que interpretarse no en función a un sentido causal estricto, sino con arreglo a su significado social.”<sup>400</sup> En España se consagró una cláusula general para la omisión impropia y que contiene una limitación de los posibles círculos de autores por medio del establecimiento de indicadores de ese especial deber jurídico de actuar que son la ley, el contrato y el actuar precedente.

En sentido contrario del cuestionamiento constitucional de la omisión impropia, se expresa Creus, cuando sostiene que "...la corrección jurídica de la causalidad permite incluir en ella toda condición "típica" de un resultado, sea ésta la de producirlo -cuando no se lo debía producir- o la de no impedirlo -cuando se lo debía impedir-, por lo cual no nos parece violatoria del principio de legalidad la consideración de la comisión por omisión (en su significado socialmente adecuado de la acción de "matar", tanto mata el que quita la vida a otro, como el que permite que se extinga la vida cuando puede impedirlo).”<sup>401</sup> En rigor, la objeción se fundamenta más en la apariencia que en la realidad. La punición de esta clase de delitos se halla referida a la interpretación de los tipos legales. Algunos tipos legales no discriminan ni precisan totalmente los medios

---

<sup>400</sup> Mir Puig, Santiago; en adiciones de Derecho español al Tratado de Jescheck, Vol. Segundo, Barcelona, 1981, pág. 845.

<sup>401</sup> Creus, Carlos; Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, 1999, pág. 178.

concretos con los que se pueda perpetrar el hecho, es decir, admiten implícitamente su comisión por omisión. Por otro lado, los delitos impropios de omisión no escritos que serán la mayoría de casos en el Código penal y en la legislación complementaria y que implican la producción de un resultado típico, no contemplan ninguna mención sobre quienes serán los garantes, ni criterio alguno para realizar la equiparación normativa con un tipo de acción. Entonces éstos se deducirían de cada tipo de injusto donde exista la posibilidad o vocación dogmática de equivalencia de una estructura que en principio está concebida como estructura comisiva a una estructura omisiva (bastaría con indagar los medios, que se trata de un delito de resultado material, etc.). Los tipos de los delitos impropios de omisión, por consiguiente, son sólo en parte tipos de formación legal y en parte, por el contrario, de formación judicial. Por eso, Zaffaroni, al respecto dice que estos "...tipos impropios de omisión no están todos escritos: los debe completar el juez individualizando las características de los autores conforme a los modelos legales (a los que se hallan escritos). Por eso -continúa el autor- los tipos impropios de omisión no escritos, son tipos abiertos, al igual que los tipos culposos."<sup>402</sup> Los supuestos más comunes de tipos abiertos, en el Derecho penal, son: por un lado, los delitos culposos o imprudentes (por el "deber objetivo de cuidado": el código no define qué es imprudencia, dejando a la doctrina penalista y a la jurisprudencia la tarea de especificar en que consiste la falta de cuidado) y por

---

<sup>402</sup> Zaffaroni, op. cit., pág. 43 y 44.

otro lado, los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, pues éstos vulneran el mandato de determinación de la respectiva ley penal, que implica la homologación o equiparación, vía interpretativa, de los delitos de omisión con los delitos de acción.

En definitiva, los delitos impropios de omisión no escritos en la ley, son tipos abiertos, como consecuencia de la imposibilidad de definir "ex ante" todos los supuestos en que un sujeto puede estar en posición de garante.

Por otro lado, la posición de Frías Caballero/Codino/Codino ante la pregunta sobre la constitucionalidad de los delitos impropios de omisión, responden lo siguiente: “En rigor, la objeción se fundamenta más en la apariencia que en la realidad. La punición de esta clase de delitos se halla referida a la interpretación de los tipos legales. Existen algunos que, por no discriminar los medios concretos con los que se perpetra el hecho, admiten implícitamente su comisión por omisión.”<sup>403</sup>

La omisión impropia exige aceptar que los tipos que exigen un resultado y que puede lograrse ese resultado por medio de la omisión (aquellos que no habiendo prefigurado el modo de acción contengan un resultado alcanzable activa o pasivamente), son tipos totalmente abiertos, lo cual en buena técnica legislativa

---

<sup>403</sup> Frías Caballero, Jorge / Codino, Diego / Codino, Rodrigo; Teoría del Delito, Buenos Aires, 1993, pág. 206 y 207.

conviene evitar. Los tipos abiertos, son aquellas normas jurídico-penales que necesitan ser complementados vía judicial, y también, por que no decirlo, por vía doctrinaria, para captar con mejor precisión las proposiciones y/o presupuestos de la conducta prohibida o mandada por el legislador, que está abstracta o implícitamente descrita en la norma primaria. En estos casos no hay una complementación mediante una norma de inferior categoría como sucede en las leyes penales en blanco, sino que se realiza a través de la propia jurisprudencia.

### **3.6.2.- CONCLUSIÓN:**

El principio de legalidad entendido como la obligación de que la ley establezca los delitos (sentido estricto) y que dicha determinación sea lo mas completa posible, es tal vez uno de los escollos mas grandes para una teoría del delito de omisión impropia y así muchos autores han señalado que éste es inconstitucional por no respetar ese principio en cuanto la ley no establece las fuentes de la posición de garantía y estas son creadas por el juez al igual que todo el delito de omisión impropia que se deduce de un delito de acción que podemos decir “tendría” una vocación omisiva. A mi juicio, un correcto entendimiento del principio de legalidad nos puede llevar a una solución contraria y lograr una justificación para el delito de omisión impropia.



El principio de legalidad en el sentido que nos interesa debe ser entendido como la garantía consistente en que la ley señale los elementos constitutivos del injusto penal de forma que el ciudadano sepa que es lo prohibido, pero esa determinación de lo “prohibido” no siempre puede ser completa como bien lo señala la doctrina para los delitos imprudentes en que la ley señala lo prohibido pero corresponde al juez determinar el debido cuidado que debió emplearse por el autor. Se trata de tipos abiertos pero que nadie cuestiona en relación al principio de legalidad.

En el delito de omisión que se construye en base a un delito de acción se contempla en el tipo los elementos que permiten precisar la conducta prohibida (garantía al ciudadano) y el tipo entendido como modelo adscriptivo de un resultado mas que descriptivo de un mero proceso causal se le puede anexar un resultado al cual se llega por una vía omisiva que el propio tipo de acción no contempla pero que tampoco prohíbe ni expresa ni tácitamente. Corresponderá al juez por tanto precisar en base al ordenamiento jurídico cuales serán las fuentes de la posición de garantía que permitirán circunscribir el círculo de autores posibles del delito omisivo.

Como una última reflexión considero que sería acertado que el legislador regulara la problemática del delito de omisión impropia mediante una regulación expresa en virtud de la cual se señalaran las fuentes de la posición de

garantía y la posibilidad de equivalencia entre una acción y una omisión por medio de la inclusión en el código penal de una cláusula en la parte general.

## **BIBLIOGRAFIA.**

- 1.- Alcácer Guirao, Rafael: “Sobre el concepto de delito. ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber.?, 1ª edición, 2003, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires.
- 2.- Bacigalupo, Enrique: “Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal.” En “Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho.”, 1970.
- 3.- Bacigalupo, Enrique: “Principios de derecho penal.”, 5ª edición, 1998.
- 4.- Bacigalupo, Enrique: “Delitos impropios de omisión.”, editorial Temis, 1983, 2ª edición.
- 5.- Blanco, Ricardo: “el delito de omisión.”, memoria de prueba, Universidad de Chile, 1981.
- 6.- Bustos, Juan: “Lecciones de derecho penal.”, editorial Trotta, 1999.
- 7.- Bustos, Juan: “Manual de derecho penal, parte general.”, 3ª edición, editorial Ariel Derecho, Barcelona.

- 8.- Bustos, Flisfish y Politoff: “Omisión de socorro y homicidio por omisión.”, en Revista de ciencias penales, año 1996.
- 9.- Bustos, Juan: “El delito culposo.”, editorial jurídica de Chile, 1997.
- 10.- Bustos, Juan: “Culpa y finalidad”, 1966.
- 11.- Bustos, Juan: “La imputación objetiva.”, en Teorías actuales en el derecho penal, 1998, editorial Ad-Hoc.
- 12.- Cerezo Mir, José: “Curso de derecho penal español, parte general.” Tomo 2.
- 13.- Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo: “Comentarios al código penal.”, 1976, editorial Ariel.
- 14.- Cousiño, Luis: “Tratado de derecho penal, parte general.”, editorial jurídica de Chile, 1975.
- 15.- Creus, Carlos: “Derecho penal. Parte general.”, Buenos Aires, 1999.
- 16.- Cuadrado Ruiz, María Angeles: “La comisión por omisión como problema dogmático.”, en ADPCP enero-diciembre 1997, tomo L.

17.- Cury, Enrique: “Derecho penal, parte general.”, tomos 1 y 2, editorial jurídica de Chile, 2ª edición actualizada, y Cury, “Derecho penal, parte general”, 7ª edición, 2005.

18.- Cury, Enrique: “Orientación para el estudio de la teoría del delito.”, 2ª edición, Santiago, 1973.

19.- Etcheberry, Alfredo: “Derecho penal. Parte general.”, Santiago, 1999.

20.- Frías, Caballero; Codino, Jorge; Codino, Rodrigo: “Teoría del delito.”, Buenos Aires, 1993.

21.- Gallas, Wilhem: “La teoría del delito en su momento actual.”, 1959.

22.- Garrido Montt, Mario: “Nociones fundamentales de la teoría del delito.”, 2001

23.- Garrido Montt, Mario: “Derecho penal. Parte general.”, 2000.

24.- Gimbernat Ordeig, Enrique: “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento.”, en ADPCP, tomo XL, 1987.

- 25.- Gimbernat Ordeig, Enrique: “Causalidad, omisión e imprudencia.”, en “El derecho penal hoy.”, libro homenaje al profesor David Baigún.
- 26.- Gimbernat Ordeig, Enrique: “La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión.”, en ADPCP, tomo LIII, año 2000.
- 27.- Gimbernat Ordeig, Enrique: “La omisión impropia en la dogmática alemana. Una exposición.”, en ADPCP, enero-diciembre, 1997.
- 28.- Huerta Tocildo, Susana: “Problemas fundamentales de los delitos de omisión.”, Madrid, 1987.
- 29.- Jakobs, Günther: “Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.”, 1995.
- 30.- Jakobs, Günther: “La competencia por organización en el delito omisivo.”, en Estudios de Derecho Penal.
- 31.- Jeltsch Navarro: “doctrina de los delitos de omisión.”, memoria de prueba, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1968.
- 32.- Jescheck/ Weigend: “Tratado de Derecho Penal. Parte general.”, 5ª edición, 2002.

- 33.- Jescheck, Hans-Heinrich: “Tratado de Derecho Penal. Parte general.”, 4ª edición.
- 34.- Jescheck, Hans-Heinrich: “Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho Comparado.”, traducción de José Luis Manzanares, en Jornadas sobre la “reforma del Derecho Penal en Alemania.”, Madrid, 1991.
- 35.- Jiménez de Asúa: “Tratado de Derecho Penal.”, Buenos Aires, 1975.
- 36.- Maurach, Reinhard: “Derecho Penal. Parte general.”, Barcelona, 1962.
- 37.- Mezger: “Derecho Penal. Parte general.”, 6º edición, 1955.
- 38.- Mir Puig, Santiago: “Derecho Penal. Parte general.”
- 39.- Mir Puig, Santiago: “Introducción a las bases del Derecho Penal.”
- 40.- Náquira , Jaime: “La omisión.”
- 41.- Novoa Monreal, Eduardo: “Fundamento de los delitos de omisión.”

- 42.- Octavio de Toledo, Emilio y Susana Huerta Tocildo: “Derecho Penal. Parte general.”, 2ª edición, 1986.
- 43.- Pessoa, Nelson: “Imputación objetiva y el concepto de acción.”, en Teorías actuales en el Derecho Penal.
- 44.- Politoff, Matus y Ramírez: “Lecciones de Derecho Penal. Parte especial.”, 2004.
- 45.- Rodríguez Mourullo: “Derecho Penal. Parte general.”, 1978.
- 46.- Roxin, Klaus: “Derecho Penal. Parte general.”
- 47.- Roxin, Klaus: “Injerencia e imputación objetiva.”, en “Nuevas formulaciones en las ciencias penales, libro homenaje a Klaus Roxin, 2001.
- 48.- Sáenz, Ricardo: “Algunas cuestiones relativas a los delitos de omisión.”, en “Doctrina penal. Teoría y practica en las ciencias penales.”, abril-septiembre, 1989.
- 49.- Sancinetti, Marcelo: “Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva.”, en Teorías actuales en el Derecho Penal, 1998, editorial Ad-hoc.



50.- Schünemann, Bernd: “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania.”, en Revista del Poder Judicial, 1998, tercer trimestre, tomo 51.

51.- Schünemann, Bernd: “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea.”, en Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Hacia un Derecho Penal económico europeo.

52.- Schünemann, Bernd: “Consideraciones sobre la imputación objetiva.”, en Teorías actuales en el Derecho Penal, 1998.

53.- Silva Sánchez, Jesus-María: “La omisión. Concepto y sistema.”, 1997.

54.- Silva Sánchez, Jesus-María: “El nuevo código penal: Cinco cuestiones fundamentales.”, 1995.

55.- Von Listz, Franz: “Tratado de Derecho Penal.”, 2ª edición, 1907.

56.- Welzel, Hans: “Derecho Penal Alemán.”, parte general, 11ª edición, 1970.

57.- Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Manual de Derecho Penal. Parte general.”, 2001.

58.- Zaffaroni, Aliaga, Slokar: “Derecho Penal. Parte general.”, 2ª edición, editorial Ediar, 2002.