



**Universidad de San Andrés**

**Departamento de Derecho**

**Maestría y Especialización en Derecho Penal**

**LA OMISIÓN PUNIBLE: una especial mirada sobre los tipos penales.**

**Autor: MARTINEZ GARMENDIA, Francisco Arturo**

**DNI: 36.329.526**

**Director/Mentor de Tesis: Mag. Alegre, Germán**

**Ciudad Autónoma de Buenos Aires, septiembre 2021**

## Índice temático

|   |    |
|---|----|
| 1. Introducción .....   | 7  |
| 1.1. Los autores del siglo XIX. La causalidad en la omisión como una<br>cuestión mecánica. .... | 11 |
| 1.1.1. Heinrich Luden.  | 11 |
| 1.1.2. Merkel (1867).   | 13 |
| 1.2. Ernst Von Beling (1905).....   | 13 |
| 1.3. Karl Ludwig Lorenz Binding (1916).....   | 14 |
| 1.4. El causalismo Franz Von Liszt (1914).....  | 15 |
| 1.5. El finalismo. Hans Welzel (1931). ....   | 17 |
| 1.6. Hans H. Jescheck (1981). ....  | 18 |
| 1.7. El normativismo. Silva Sánchez (1986). ....  | 20 |
| 2. Clases de omisión .....  | 21 |
| 3. Estructura objetiva.....   | 25 |

|        |  |    |
|--------|--|----|
| 3.1.   | La obligación de impedir el resultado. Posición de garante .....   | 28 |
| 3.1.1. | Delitos de infracción del deber como fuente de garante .....   | 34 |
| 4.     | Estructura subjetiva .....   | 41 |
| 4.1.   | El dolo  | 41 |
| 4.2.   | La culpa y el error de tipo.....   | 42 |
| 5.     | Evitabilidad individual .....  | 44 |
| 6.     | La discusión dogmática en torno a la comisión por omisión en casos no escritos y su constitucionalidad ..... | 46 |
| 6.1.   | Sentido descriptivo de los verbos típicos. ....  | 46 |
| 6.2.   | Sentido adscriptivo de los verbos típicos. ....  | 48 |
| 9.     | Los restantes presupuestos de punibilidad .....  | 52 |
| 9.1.   | Antijuridicidad  | 52 |
| 9.2.   | Culpabilidad   | 54 |
| 10.    | Conclusión   | 55 |
| 11.    | Bibliografía General .....   | 59 |

12. Jurisprudencia.....

63



Universidad de  
**San Andrés**

**Resumen:**

La mayoría de los delitos pueden ser cometidos no sólo por una acción, sino también por una omisión. Los delitos propios de omisión contienen un mandato de acción, cuya tipicidad requiere que el autor haya evitado la lesión del bien jurídico, como es el caso de la omisión de auxilio (art. 108 del Código Penal). En cambio, en los delitos impropios de omisión, la realización del tipo supone infringir un mandato que impone evitar la producción de un resultado.

En algunos casos, esta posibilidad está prevista ya en la propia descripción del delito, como sucede en los casos de abandono de persona calificado, en los que se requiere evitar lesiones (art. 106 párrafo 2° del Código Penal), o la muerte de la víctima (art. 106 párrafo 3° del Código Penal).

En otros, es necesario acudir al dispositivo de la comisión por omisión en casos no reglados por la ley; herramienta dogmática muy controvertida, en su modo de construcción, su alcance, sus derivados, su legalidad y sus consecuencias.

A través de este trabajo se estudiará el tipo -objetivo y subjetivo- de los delitos de omisión, así como los demás presupuestos de punibilidad, y se hará mayor énfasis en la estructura que conforma los delitos de comisión por omisión, en especial en cuanto dicha figura involucra a un garante que adquiere el control del riesgo típico.

Sentado ello, demostraré que esta clase de delitos están incluidos dentro de los tipos originales de comisión, en tanto así lo permiten los verbos típicos, motivo por el que no es necesario incluir en nuestra legislación la cláusula de equiparación.

Es que, en definitiva, si bien acción y omisión son formas ontológicas irreducibles, en un plano nomológico superior son idénticas en su estructura, ya que se configuran materialmente como “modos indistintos de control de riesgo”.

Es esta visión normativa la que considero de mayor capacidad de rendimiento para comprender el fenómeno de la omisión y sus derivados.

## **Agradecimientos**

El presente trabajo representó para mi vida un esfuerzo en el cual directa o indirectamente participaron varias personas, leyendo, opinando, corrigiendo, teniéndome paciencia, dándome ánimo y acompañándome en aquellos momentos en los cuales estuve tentado a dejar de escribir o en los que avanzar no me resultaba sencillo, teniendo en cuenta el especial contexto de pandemia.

Agradezco en particular al Dr. German Alegre por haber confiado en mí, en lo que yo tenía para ofrecer y por haber ocupado parte de su tiempo en la lectura y dirección de esta tesis.

Gracias también a mis compañeros y profesores que me apoyaron y permitieron entrar en su vida durante estos casi tres años de convivir dentro y fuera del salón de clase. Terminar la tesis significa para mí traer a la memoria muchísimos momentos y recuerdos de una de las etapas más gratificantes de mi vida.

A mis padres y hermanos que me acompañaron en esta aventura que significó la maestría y que, de forma incondicional estuvieron presentes en todo el proceso.

A mis amigos de la vida que supieron entender mis momentos de ausencia y estudio.

Por último quiero agradecerle a Florencia por ser quien me impulsó a embarcarme en este proyecto, me acompañó con buen ánimo y cariño e hizo que las tardes de estudio sean más amenas.

Infinitamente, gracias a todos ellos y ellas.

## 1. Introducción

En los comienzos del estudio del derecho se estructuró el análisis del delito partiendo de la premisa de que la conducta humana penalmente relevante consistía en un hacer comisivo, propio de los delitos nucleares.

Fue precisamente con la aparición de delitos especiales<sup>1</sup>, que ante la necesidad de tutelar el buen desempeño de sus funciones, se advirtió que en determinados casos lo penalmente relevante no consistía en aquello que estos sujetos “hacían”, sino justamente en lo que “no hacían”. O sea, era la omisión de las conductas que por su propia función estaban obligados a realizar lo que justificaba la intervención del derecho penal.

La teoría del acto determina los modos en que se exterioriza un comportamiento o conducta y la necesaria consecuencia en la alteración del mundo exterior, pudiendo ser dicha manifestación, dinámica, a través de una acción, como la misma manifestación corporal de movimiento; o, estática, a través de la inacción o falta de movimiento; es decir, la falta de manifestación corporal no genera necesariamente una ausencia de conducta.

Gimbernat Ordeig, define a la omisión como un no hacer (género) desvalorado, esto es, no hacer aquello que se debería hacer: “puede definirse la omisión como aquel comportamiento pasivo consistente en la no ejecución de una acción determinada que, sobre la base de una norma, se esperaba que el sujeto realizara”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Solo pueden ser sujetos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiera la ley. Estos delitos especiales se dividen en propios, que son aquellos que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no puedan ser autores de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta (ej. prevaricato). Los impropios, por su parte, guardan correspondencia con algún delito común, del que puede ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción (ej. malversación de caudales públicos y hurto).

<sup>2</sup> GIMBERNAT ORDEIG, “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1900, p. 182.

En la tarea de diferenciar los tipos de acción y de omisión Mir Puig sostiene que, mientras en los primeros se realizan si se efectúa la conducta que describen, “los tipos de omisión se refieren a la no verificación de una determinada conducta, por lo que se realizan si tiene lugar una conducta distinta a la prevista -en absoluto es necesaria la pasividad-.

Por lo que afecta al distinto significado normativo de los tipos de acción y de omisión, mientras que los primeros (tipos de acción) son la base de la infracción de una norma prohibitiva de una intervención activa indeseable por su nocividad, los segundos (tipos de omisión) son la base de la infracción de una norma preceptiva, que obliga a una determinada cooperación deseable. El injusto del delito de acción consiste en una intervención activa nociva que en principio una norma prohíbe; el injusto de la omisión consiste en hacer algo distinto a la prestación deseable obligada en principio por una norma preceptiva”<sup>3</sup>.

En la evolución de la dogmática de los delitos de omisión, puede advertirse que el problema troncal se presentó 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). Estos últimos consisten en la lesión de un derecho subjetivo ajeno, es decir, desde que se observó que un delito de omisión puede no solo vulnerar una norma preceptiva (deber de actuar) sino que existen otros casos en que la omisión puede generar un resultado típico prohibido por un tipo legal de acción que no contempla expresamente la omisión como medio comisivo.

En función de ello, el problema radica en establecer, cuándo la omisión de una acción ordenada por el derecho, que probablemente habría evitado la lesión de un bien jurídico determinado, puede ser igual a causar activamente el resultado.

Asimismo, se estima que -para lograr ésta equiparación- se requiere que el sujeto omitente tenga un especial deber de garantía (posición de garante) pero ni siquiera en este punto las opiniones doctrinales están de acuerdo, por cuanto, no existe un criterio único sobre las fuentes de la posición de garante y es así que se ha oscilado

---

<sup>3</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 9.<sup>a</sup> ed., BdeF, 2015, ps. 310/311.



desde un criterio meramente formal de las fuentes (contrato, ley, hacer precedente) a criterios materiales (“teoría de las funciones”).

Jakobs, por su parte, propone diferenciar los deberes según el fundamento de la responsabilidad, esto es, en razón de una competencia por organización o institucional, según lesionen reglas de un estatus general o especial.

En ese sentido, a pesar de que se han elaborado distintas teorías en torno a la posición de garante, los límites continúan siendo difusos.

Maximiliano A. Rusconi afirma que los problemas en los delitos de omisión se presentan en “los casos límite entre la imputación de acción y la imputación de omisión –una frontera a veces no visible-, pasando por las no siempre claras fuentes de la posición de garantía hasta la posibilidad de que en el ámbito de los delitos comisivos, pueda incluirse dentro de la materia de la prohibición, también el no evitar que el resultado se produzca...”. Y por esa razón, concluye, “no todo está resuelto en el sistema de imputación de las estructuras omisivas”<sup>4</sup>.

Otra de las objeciones fundamentales, contra la existencia de esta clase de delitos, ocurre cuando no están regulados expresamente en la ley, tal como sucede en el derecho argentino, pues una parte importante de la doctrina sostiene que su tipicidad está basada en operaciones analógicas que no logran superar la objeción constitucional vinculada a la violación del principio de legalidad.

Como puede observarse la temática que aquí me ocupa presenta varios interrogantes sobre los que intentaré reflexionar a lo largo de este trabajo.

A los efectos de brindar una mayor claridad expositiva, comenzaré por analizar los delitos de omisión, desde el punto de partida de su construcción histórica hasta los postulados modernos, para luego explicar los requisitos estructurales propios de los delitos de comisión por omisión impropios. Sobre este último punto, dedicaré buena parte de mis argumentaciones a intentar demostrar que en los tipos originales de comisión descriptos en el código penal ya se encuentran contenidos los casos de comisión por omisión sin que resulte necesaria una actividad legislativa adicional.

Pues, no se trata de analizar el enunciado literal consagrado por la ley, sino de una mirada del tipo penal en tanto asigna sentido a las conductas.

---

<sup>4</sup> RUSCONI, *Derecho Penal. Parte General, Ad-Hoc*, 2007, p. 396.

## 2. Distinción entre acción y omisión

La diferencia tradicional entre ambas clases de modalidad de la conducta humana, giró desde siempre en torno a la existencia (o no) de relación de causalidad, pues mientras en los delitos de acción se causa el resultado, no ocurre lo mismo en los de omisión. 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 auxilio (art. 108 del Código Penal) sino de homicidio por omisión –en este caso agravado- (arts. 80 inc. 1 del código de fondo), pues se considera que matar es equivalente a no evitar la muerte.

En efecto, lo primero que se debe examinar es si mediante un hecho positivo el sujeto activo causó un resultado típico, utilizando para ello la supresión mental hipotética (*condictio sine qua non*). Si la respuesta es afirmativa debemos verificar el resto de los presupuestos de punibilidad.

Si se descarta la imputación por comisión, corresponde preguntarse si el sujeto ha omitido realizar un hecho positivo que hubiera evitado el resultado, con lo que una respuesta afirmativa, conduce a verificar la concurrencia de las exigencias que condicionan la imputación.

Jakobs sostiene que quien actúa cuando no debe hacerlo, tiene un motivo más para realizar el movimiento corporal, mientras que quien omite cuando debe actuar, tiene un motivo menos para realizar un movimiento corporal<sup>5</sup>.

Lo cierto es que mientras en los delitos de comisión el agente impulsa un curso causal, desplegando una energía positiva, en la omisión el sujeto deja de emplear la energía necesaria para interrumpir un nexo causal que no ha creado.

Así, mientras en los delitos de acción se requiere un comportamiento comisivo importante consistente en haber producido o aumentado un riesgo que da lugar al resultado, la relevancia de la omisión se da en función de la existencia de un peligro potencialmente evitable, cuya viabilidad no fue disminuida o conjurada.

---

<sup>5</sup> JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General* (traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, p. 941.

En efecto, para imputar esta clase de delitos, no sólo se debe verificar la inactividad del autor, sino que además se requiere que el agente haya estado en condiciones de realizar la acción ordenada. Lo que en todo caso se predica, es que sólo el dominio potencial del hecho que tiene una persona para poder revertir un proceso causal ya iniciado, convierte su no hacer en omisión<sup>6</sup>.

### **3. El delito de omisión**

La omisión empieza a tener sus esbozos en el derecho penal durante el último tercio del siglo XIX <sup>7</sup> cuando se realizan las primeras discusiones sobre su concepto como problema jurídico-penal. Hasta ese entonces, la esencia del delito se encontraba en la imputación moral de responsabilidad.

#### 3.1. Los autores del siglo XIX. La causalidad en la omisión como una cuestión mecánica.

El inicio del modelo de teoría del delito ofrecido por los positivistas, estaba constituido por conductas vinculadas causalmente a un resultado típico. La preocupación central de los autores que seguían esta vertiente se centraba en encontrar un denominador común para la acción y la omisión en el ámbito de la causalidad.

En ese sentido, se intentó demostrar que la omisión de evitar un resultado es idéntica en el plano causal a su causación activa.

##### 3.1.1. Heinrich Luden.

La omisión es vista por Luden como “otro modo de acción”, pues “de nada, nada puede resultar” y, a su criterio, se debe buscar en el movimiento corporal que desarrolla simultáneamente el omitente mientras no impide el resultado.

---

<sup>6</sup> RIGHI, *Derecho Penal: Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed., AbeledoPerrot. 2018, ps. 452/453.

<sup>7</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión concepto y sistema*, 2.<sup>a</sup> ed., IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2019 [2003], p. 3.

El autor considera que la causa del resultado delictivo era la acción positiva realizada por el sujeto mientras omitía la acción que hubiera impedido que el resultado se produzca.

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 ende, la causalidad se encuentra en ese “hacer distinto” en lugar del ordenado.

En ese sentido, diferencia entre los delitos de omisión en sentido propio y los delitos que son cometidos a través de acciones comisivas que consisten en la lesión de un derecho subjetivo ajeno. Para los primeros, Luden exige sólo la violación de la ley que impone la obligación de actuar bajo una pena. Para los impropios delitos de omisión en cambio parte de la unidad de éstos con las acciones: “Dado que la omisión no está excluida del concepto de acción, toda omisión que tenga esta dirección (a la lesión de un derecho subjetivo) puede realizar el delito, sin considerar si en ella o para ella está fundada la obligatoriedad de actividad positiva. De esta forma se llegará a una omisión que haya tenido esa dirección”. Y dada la exigencia del derecho de que una acción tiene que haber conducido a un suceso delictivo afirma que una omisión podrá cumplir esa condición “cuando a través de sí misma y no de otra causa ha producido el suceso delictivo”<sup>8</sup>.

En otras palabras, la ausencia de una acción, hecho negativo, va siempre acompañada por la presencia de otra acción, hecho positivo. Es decir, si un 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) con las medias tejidas, pero nunca será causal respecto de la muerte del hijo.

---

<sup>8</sup> BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 22.

### 3.1.2. Merkel (1867).

De mayor influencia, fue el criterio desarrollado por Merkel, quien ampliando la construcción anterior, fundamentó su postura en que la acción o conducta precedente a la omisión, es la que determina el momento causal.

Señaló (junto a los doctrinarios Krug y Glasser), por lo tanto, que la causalidad se concreta en la acción anterior del omitente creadora de la situación de peligro que después no se evita.

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<sup>9</sup>.

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.

### 3.2. Ernst Von Beling (1905).

Sostiene Beling que existe acción si objetivamente alguien “ha emprendido cualquier movimiento o no movimiento”, a lo que subjetivamente ha de añadirse la comprobación de “que en ese movimiento corporal o en esa falta de movimiento animaba una voluntad”. En la omisión veía esa voluntad en la contención de los nervios motores y por eso afirma que “la voluntad domina aquí los nervios exactamente igual que en el movimiento corporal y se opone a la innovación y concentración muscular”.

En cuanto a los delitos de omisión (omisivos) sostuvo que a través de ellos, no puede nunca cometerse un tipo de delito que se refiera directamente al hecho de

---

<sup>9</sup> MERKEL, *Derecho penal. Parte general*, (traducción de Pedro DORADO MONTERO). 2.<sup>a</sup> ed., IB de F, 2013, 320 pp.

realizar un movimiento corporal de determinada clase. Inversamente, algunos tipos de delito que se refieren al hecho de no realizar un determinado movimiento corporal o de no producir un determinado cambio en el mundo exterior, pueden cometerse solamente por medio del correspondiente no hacer (ya sea por absoluta inactividad, ya por omisión de la actividad que interesa al tipo, delitos de pura omisión”)<sup>10</sup>.

Para Beling, la “omisión en sí” (*reine Unterlassung*) es inactividad corporal voluntaria, contención de los nervios motores que es dominada por la voluntad. Es así que, su concepto de acción definido como “comportamiento humano voluntario” le permite agrupar acción y omisión en ese supraconcepto. En la omisión “la voluntad domina tanto los nervios aquí como en un movimiento corporal.”.

Es evidente que un concepto así de omisión no brinda ninguna utilidad para los efectos penales, por cuanto no precisa en qué consiste la omisión para un caso particular, además de que resulta 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.

### 3.3. Karl Ludwig Lorenz Binding (1916).

En el intento de encontrar en la omisión la existencia de un componente activo, Binding identifica la causalidad de la conducta omisiva, en el contraimpulso desplegado por el sujeto. Para él lo esencial es la dirección decisiva hacia el evento

---

<sup>10</sup> BELING, *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo*, Librería El Foro, Buenos Aires, 2002 [190], ps. 98 y 99.

mediante la cual surge como “punto axial de potencia” (*wirkende kraft*) la idea de “energía (*energie*) determinante”<sup>11</sup>.

Esta postura adjudica a la omisión valor de actividad impeditiva. En el agente existe una energía capaz de evitar el hecho, pero entre la energía que lo estimula a la acción y la efectiva realización del evento, interfiere un fenómeno que constituye un contra-impulso, una fuerza contraria que determina el evento y se convierte en causa.

Con su teoría, denominada “de la interferencia”, Binding pretende demostrar la existencia del momento causal, no en un actuar coetáneo o precedente, sino en la omisión misma, puntualmente en la “acción interna” o “contención de la voluntad”, que es equivalente a “la provocación” que aplica el omitente para reprimir sus impulsos de ejecutar la acción que habría evitado el resultado.

Entiende entonces que concebir la resolución criminal y contener el impulso de obrar, inspirado por la conciencia, es destruir el obstáculo que se oponía al resultado y, por tanto, producirlo.

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.

Sumado a ello, 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.

Finalmente, no paso por alto que de aceptarse esta teoría se penaría un proceso interno, lo que contradice los fundamentos del derecho penal que solo se preocupa de la voluntad manifestad

#### 3.4. El causalismo Franz Von Liszt (1914).

---

<sup>11</sup> BINDING, Die Normen und ihre Übertretung, t. I, 4.<sup>a</sup> ed., 1922, p. 123 en JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, (traducción de Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES) Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá 1996.

Bajo el influjo del pensamiento naturalista, el sistema clásico del delito (causalismo), que sigue Von Liszt, de gran influencia en el siglo XIX, se caracteriza por adscribir todo lo objetivo al tipo y a la antijuridicidad (el injusto) y todo lo subjetivo a la culpabilidad (el denominado concepto psicológico de la culpabilidad).

El concepto clásico de delito se cimenta sobre el concepto causal de acción, entendida de modo completamente naturalístico como movimiento corporal (acción en sentido estricto) y modificación del mundo exterior (resultado), unidos éstos por la causalidad entendida de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Como consecuencia de ello, Von Liszt afirmó inicialmente que “acción es la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior”.

Pero como esa concepción difícilmente se podía compaginar con la omisión, que no causa nada, a raíz de ello el autor consideró que la causalidad en la omisión es una de las controversias científicas “más infructuosas que ha sostenido la ciencia penal”<sup>12</sup>.

Liszt formula posteriormente otra descripción algo distinta: “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”.

El autor señala entonces que la manifestación de voluntad en la omisión consiste aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado (y que fuera realizable).

Puntualmente destaca que “el concepto de la omisión supone: que el resultado producido hubiera sido evitado por el acto, que, a pesar de ser posible para el autor y esperado por nosotros, fue omitido por éste; por consiguiente, en este concepto se da una característica análoga a la causalidad de la acción, si bien no es la causalidad misma (...) Bajo ciertas condiciones el orden jurídico, del mismo modo que la vida misma, equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo”.

---

<sup>12</sup> VON LISTZ, *Tratado de Derecho Penal*, (traducción de la 2.<sup>a</sup> ed. realizada por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA), t. II, 4.ª ed., Reus, Madrid, 2007 [1914], p. 317.



Y añade: “sólo cuando un deber jurídico obliga a impedir el resultado, puede equiparse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo”<sup>13</sup>.

Sobre estas líneas, debo agregar que si bien la esencia de todo delito está, para los causalistas, y entre ellos Von Liszt, en un movimiento corporal que causa una modificación en el mundo exterior, en verdad, ellos, pese a su esfuerzo, no lograron encontrar una causalidad natural en las omisiones.

### 3.5. El finalismo. Hans Welzel (1931).

La teoría final de la acción partió de la idea de que el hombre controla el curso causal, mediante su anticipación mental y la correspondiente selección de medios, dirigiéndolo hacia determinado objetivo (supradeterminación de modo final). En consecuencia, solo habrá una acción si el autor pone rumbo al objetivo con conocimiento y voluntad, o sea si obra dolosamente.

En ese sentido, Hans Welzel entiende que “dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, este, conforme a un plan, a la consecución del fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo convierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente; sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final, como factor que configura objetivamente el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción”<sup>14</sup>

El autor elabora, para armonizar el concepto de acción final con el de omisión, - pues la acción y la omisión de una acción son dos subclases independientes dentro de la “conducta” susceptibles de ser regida por la voluntad final- una no finalidad por una finalidad potencial y la no causación por una causación potencial.

Asimismo, explica que la omisión se presenta de dos maneras: por un lado, los casos de omisión impropia y, por el otro, un amplio grupo de mandatos que obligan

---

<sup>13</sup> VON LISTZ, *Tratado de Derecho Penal*, (traducción de la 2.<sup>a</sup> ed. realizada por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA), 2007 [1914], p. 315.

<sup>14</sup> WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 42

impedir lesiones jurídicas que no han sido expresamente sancionados por la ley penal (que son los impropios delitos de omisión) y finalmente aquellas normas que tanto mandan realizar un resultado como penan la evitación de este resultado<sup>15</sup>.

Estos delitos no tipificados, en definitiva, son delitos especiales propios, es decir, que requieren una determinada clase de autor. En ellos no alcanza para fundamentar un injusto punible el comportamiento separado de un determinado autor y como autor se ve aquí a la persona que está en estrecha relación con el bien jurídico lesionado.

En consecuencia, y al no estar en la ley determinadas pautas que caracterizan al autor, el tipo requiere complementación. Es decir, que el juez deberá en cada caso, establecer la posición de garante que determine quién es autor<sup>16</sup>.

A su vez, Welzel destaca la importancia de la posición de garantía como la llave que permite acceder a los delitos de comisión por omisión, “La dificultad principal para determinar dogmáticamente los delitos de omisión, radica en delimitar los tipos de omisión propios de los de comisión a través de una omisión. ¿Cuándo existe un deber de acción, resultante de una posición de garantía, que hace punible al omitente por un delito de comisión, p. ej., de un homicidio o de una lesión corporal, y cuándo otro deber de acción, que hace responsable solamente por un tipo de imposición, p. ej., por prestación de ayuda omitida?”<sup>17</sup>

### 3.6. Hans H. Jescheck (1981).

El autor explica que la acción es comprensiva de la omisión, y que dicho concepto puede abarcar todo actuar humano relevante para el derecho penal, es decir bajo un concepto se puede analizar a la acción, a la omisión, y a los comportamientos dolosos e imprudentes.

De seguido cuestiona, los conceptos dados de acción y omisión por las teorías causalistas y finalistas, y establece que la única manera de reunir ambas modalidades

---

<sup>15</sup> Sobre esta clasificación puede verse: WELZEL, *Derecho Penal Parte General*. Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 205

<sup>16</sup> BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, Pannedille, 1970, p. 46.

<sup>17</sup> WELZEL, *Derecho Penal Parte General*, 1956, p. 206.

en un concepto es encontrar un punto de vista superior de naturaleza valorativa que aúne en el ámbito normativo los elementos incompatibles en el ámbito del ser<sup>18</sup>.

Propone, que acción y omisión es todo comportamiento humano socialmente relevante; y que existirá comportamiento cuando exista una respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o al menos reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de que aquel dispone en razón de su libertad; este concepto resultará la base del posterior análisis doloso o culposo -al momento del tipo- como también será apto para los delitos omisivos en cuanto puede manifestarse una inactividad ante una determinada expectativa de acción -que no necesariamente debe fundarse en el derecho- a lo que agrega como exigencia la posibilidad de conducción; para determinar si esta existe y de esa forma canalizar como omisión, debe afirmarse la capacidad de realización de la acción esperada con empleo de la finalidad; es decir, un sujeto omitiría la acción esperada cuando tenga la “capacidad general de acción”, la que se determina con un baremo general y no individual; de acuerdo a ello, correspondería calificar como omisión a la pasividad de una persona, solo si “otra persona” en el lugar del autor imaginado en posesión de todos los conocimientos y capacidades que resultaren necesarias en las situaciones concretas, hubiese podido realizar la “conducta esperada”.

Este autor soluciona la cuestión con la remisión a un “baremo general”, entiende, que no puede analizarse únicamente la capacidad del autor y según esta, resolver si omitió o no; el baremo del hombre medio es suficiente para dar respuesta a la problemática de la capacidad de acción, de manera que, al analizar las habilidades y capacidades del autor, habría que colocarlas en las del “hombre medio” a los efectos de determinar si omitió o no la conducta esperada<sup>19</sup>.

A esta postura se le ha criticado, que en el concepto de comportamiento humano socialmente relevante lo único común entre la acción y la omisión responde a que ese concepto en origen es valorativo; sin embargo, allí terminan las coincidencias, puesto que la omisión tiene un componente valorativo totalmente diferente que obliga

---

<sup>18</sup>URRA, “La omisión impropia no escrita en el derecho penal argentino. Problemática Inconstitucionalidad vs. Constitucionalidad”, *Revista Perspectiva de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, p. 256.

<sup>19</sup> JESCHECK/ WEIGEN, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (traducción de Miguel Olmedo CARDENETE), 5.ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 602.

a su estudio diferenciado, ese componente distinto es el baremo del hombre medio cuando se estudia la capacidad de acción; otra posible observación responde a la ambigüedad que implica en una sociedad moderna la determinación de un “baremo” que mida a través de una fórmula los estándares de acción exigibles, debiéndose tomar en consideración que de lo que se trata aquí es de componer un elemento que dará curso a un proceso que puede culminar con la habilitación de poder punitivo por parte del Estado.

### 3.7. El normativismo. Silva Sánchez (1986).

Al tiempo de delimitar los conceptos de acción y omisión, Silva Sánchez sostiene que los mismos no se contraponen sino que se sitúan en niveles sistemáticos distintos. En el plano del ser sólo hay procesos causales, algunos de los cuales son capaces de sentido, esto es, interpretables por el Derecho penal, revisten el carácter de acciones.

El contenido de estas acciones viene dado por el sentido que le otorgan los tipos penales. Recién a partir de este juicio de atribución normativa es que se produce la distinción entre comisión y omisión.

El experto en la temática lo define así: “La omisión es el juicio típico mediante el cual se imputa a una conducta la no realización de la acción típicamente indicada como prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico”<sup>20</sup>. Y si bien, acción y omisión son formas ontológicas diferentes, en un plano superior, el autor afirma que son idénticas en su estructura, pues se configuran materialmente como “modos indistintos de control de riesgo”<sup>21</sup>.

El doctrinario afirma que la omisión es el producto de una interpretación que se efectúa a través de los tipos penales cuyo sustrato de interpretación es, como en el caso de la comisión, la conducta real efectiva –actividad o inactividad- que el sujeto

---

<sup>20</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión concepto y sistema*, 1.ª ed., IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003, p. 352.

<sup>21</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión concepto y sistema*, 2003, p. 352.

desarrolla al omitir. Es, en efecto, a dicha conducta a la que se le imputa o atribuye la omisión como realización típica omisiva.

Afirma que la omisión no es un juicio sobre nada, es, al contrario, necesario partir de lo que efectivamente realiza el sujeto. La omisión entonces, surge como tal en el enunciado que expresa la relación de discordancia de la conducta efectiva con la pretensión que dimana del bien jurídico, criterio rector del tipo.

En base a esas consideraciones, tras caracterizar a las omisiones en general como la no realización de una acción típicamente indicada como prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico, Silva explica que para la comisión por omisión, sólo mediante la búsqueda de elementos de identidad estructural con la comisión en las omisiones equiparables es posible obtener una solución restrictiva y, por ello, conforme con el principio de legalidad.

Así, cabría establecer una distinción entre omisiones que muestran una identidad estructural con la comisión y aquellas que no. Sólo será factible imputar un resultado lesivo de un bien jurídico a aquellas omisiones que muestran esa identidad estructural con la comisión activa y respecto de las cuales la posición de garante es un elemento necesario.

A juicio de este autor, la comisión por omisión se muestra como omisiones penales derivadas de la existencia de una base funcional específica y, por tanto, realizable sólo por un círculo limitado de sujetos. Además, se trata de omisiones graves, hasta el punto de tener que mostrar identidad estructural y valorativa con los hechos comisivos, lo que permite 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 su producción

#### **4. Clases de omisión**

Siguiendo las enseñanzas de la doctrina finalista clásica, el derecho penal, en su función protectora de bienes jurídicos, no sólo prohíbe la ejecución de determinadas

acciones, sino que en ciertos casos ordena la realización de otras consideradas socialmente deseadas<sup>22</sup>.

En el primer caso, la realización de la conducta prohibida será constitutiva de un delito de comisión; en el segundo, la desobediencia de un mandato de acción importará uno de omisión. Estos últimos delitos se clasificaban en dos grandes ramas a saber, los propios y los impropios o de comisión por omisión.

De esta manera, siguiendo a la teoría finalista tradicional, los delitos propios de omisión se caracterizaban como aquellos donde la disposición penal legalmente prevista, penaba el incumplimiento de un mandato de acción o de evitar lesiones a bienes jurídicos, siempre que se encontraran previstos en la ley<sup>23</sup>.

Pero Welzel explicaba que junto a esos mandatos de acción establecidos por la ley, existía además un vasto grupo de mandatos que obligaban a evitar la inminente lesión de bienes jurídicos, sin estar sancionados expresamente por la ley, y donde su trasgresión se castigaba, generalmente, de acuerdo al marco penal de aquellos delitos de comisión que se refieren a la realización de la misma lesión al bien jurídico<sup>24</sup>. Estos eran para el finalismo los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión.

Es decir, que los delitos de omisión impropia se diferenciaban de los otros delitos de omisión solamente porque no estaban tipificados expresamente por la ley.

Otro sector de la doctrina encuentra la diferencia entre los delitos de omisión propios e impropios, en que en los primeros su contenido se agota en la no realización de una acción exigida por la ley y, en cambio, en los segundos existe un deber de evitar el resultado. Desde esta última posición, el delito de omisión impropio se caracteriza por la no evitación del resultado típico<sup>25</sup>.

En una misma línea, ubicamos a Cerezo Mir, para quien en los delitos de comisión por omisión o impropios de omisión, hay implícito un mandato de realizar una acción tendiente a evitar la producción de un resultado delictivo, de modo tal que si

---

<sup>22</sup> WELZEL, *Derecho Penal Alemán, Parte General* (traducción de BUSTOS RAMÍREZ Y YAÑEZ PÉREZ), 11.ª ed. (4.ª ed. en español), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997 [1970].

<sup>23</sup> WELZEL, *Derecho Penal Alemán, Parte General* (traducción de BUSTOS RAMÍREZ Y YAÑEZ PÉREZ), 1997, ps. 239/40.

<sup>24</sup> WELZEL, *Derecho Penal Alemán, Parte General* (traducción de BUSTOS RAMÍREZ Y YAÑEZ PÉREZ), 1997, p. 240.

<sup>25</sup> JESCHECK / WEIGEN, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (traducción de Miguel Olmedo CARDENETE), 2002, p. 652.

éste finalmente se produce se le imputa al omitente que no lo impidió pudiendo hacerlo<sup>26</sup>.

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 porque 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>27</sup>.

Por su parte, Bacigalupo nos explica, en la última versión de su manual, que los delitos propios de omisión contienen un mandato de acción, sin tomar en cuenta, a los efectos de la tipicidad, si la acción ejecutada evitó o no la lesión del bien jurídico. Los delitos impropios de omisión, por el contrario, requieren evitar la producción del resultado; la realización del tipo depende, por tanto de esto último, es decir, de la evitación del resultado<sup>28</sup>.

Asimismo, el citado jurista, se aproxima al verdadero campo de la comisión por omisión, al decir que estas figuras son la contrapartida de los delitos de comisión de resultado; su problemática sustancial consiste en establecer cuando no evitar el resultado es punible, pues equivale a la producción activa del mismo<sup>29</sup>.

Al respecto, Mir Puig explica -con una gran claridad- que, de la misma forma que los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y de resultado, “los de omisión pueden contentarse con el solo *no hacer* algo determinado, o requerir además la *no evitación de un resultado*. Los primeros, contrapartida de los delitos de mera

---

<sup>26</sup> CEREZO MIR, *Derecho Penal Parte General, Obras Completas*, t. I, Ara Editores, 2006, p. 1133.

<sup>27</sup> ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal, parte general*, 2001, p. 453.

<sup>28</sup> BACIGALUPO, *Derecho Penal, Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 537.

<sup>29</sup> BACIGALUPO, *Derecho Penal, Parte General*, 1999, p. 537.

actividad en la omisión, constituyen tipos de **omisión pura**, en tanto que los segundos, equivalentes a los delitos de resultado, reciben el nombre de **comisión por omisión**<sup>30</sup>.

En definitiva, la teoría de la omisión impropia busca, entonces, resolver la cuestión relativa a los presupuestos bajo los cuales una omisión de impedir un resultado cae bajo las prescripciones de un tipo penal de comisión, o bien bajo su escala penal<sup>31</sup>.

Silva Sánchez distingue tres clases de omisiones, a saber: -las omisiones puras generales, que obedecen a cuestiones de solidaridad general en aras de la protección de bienes jurídicos individuales y en cuya realización pueden incurrir todos los ciudadanos que encontrándose en la situación no cumplen la acción indicada; naturalmente, deben estar legalmente tipificadas; - frente a ellas, estarían las omisiones puras de un garante, que tienen su fundamento en la existencia de una base funcional específica, lo que determina que puedan ser realizadas por un determinado círculo de sujetos caracterizados por la ostentación de una posición de responsabilidad especial. Si bien se trata pues de omisiones de mayor gravedad que las generales, consideraciones valorativas y estructurales determinan que no se equiparen a la creación activa de un riesgo de producción del resultado que no ha sido evitado; son omisiones de gravedad intermedia que no presentan problemas si están expresamente tipificadas; - finalmente, la tercera categoría está dada por la verdadera comisión por omisión, es decir, las omisiones con equivalencia comitiva.

Es decir que, a juicio de este autor, la comisión por omisión se muestra como omisiones penales derivadas de la existencia de una base funcional específica y, por tanto, realizable sólo por un círculo limitado de sujetos. Además, se trata de omisiones graves, hasta el punto de tener que mostrar identidad estructural y valorativa con los hechos comisivos, lo que permite 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 su producción.

En otras palabras, más allá de las distintas clasificaciones esbozadas por la doctrina dominante, queda claro que cuando hablamos de comisión por omisión, nos estamos refiriendo a la cuestión de establecer en qué supuestos la no evitación de un perjuicio para el bien jurídico puede ser equiparada a su realización activa.

---

<sup>30</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 2015, p. 318.

<sup>31</sup> BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, 1970, p. 95.



Es decir, cuándo se puede afirmar que un tipo comisivo de la Parte Especial se realiza a través de la omisión de impedir el acaecimiento del resultado típico descrito en la norma.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, no toda persona que omite impedir la producción del resultado típico con capacidad de hacerlo, es responsabilizada como si hubiera realizado por sí misma el tipo activo de que se trate. De otro modo, sería difícil encontrar límites a la responsabilidad penal.

Se dice pues que hay que demostrar un fundamento jurídico especial si, excepcionalmente, alguien va a ser responsabilizado por haber omitido la protección de bienes jurídicos ajenos mediante una acción positiva. Por ello, la equivalencia de la omisión con el hacer positivo presupone que el autor de la primera responda como garante de la evitación del resultado. Todos los deberes de impedir el resultado descansan sobre la idea básica de que una persona determinada está llamada de un modo especial a la protección del objeto del bien jurídico puesto en peligro<sup>32</sup>.

Desde esta perspectiva, los delitos impropios de omisión serían delitos especiales, puesto que para poder ser autor no basta con que se haya omitido realizar la conducta tendiente a impedir la producción del resultado pudiendo hacerlo, sino que además debe demostrarse la existencia de un deber jurídico especial que fundamente la obligación del sujeto activo de evitar la lesión a ese bien jurídico.

Esta estrecha relación que debe existir entre el autor de la omisión y el bien jurídico tutelado, es lo que comúnmente se ha denominado posición de garante.

## **5. Estructura objetiva**

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 qué delito nos encontramos.

---

<sup>32</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (traducción de Miguel Olmedo CARDENETE), 2002, p. 668.

El profesor Fernando Córdoba explica que, mientras el tipo objetivo abarca los elementos de la conducta que son externos al autor (acción, resultado, nexos causal), el tipo subjetivo comprende los elementos que son internos a él (conocimiento actual o posible), y que el análisis de la tipicidad se completa constatando si la conducta representó la creación de un riesgo no permitido que se realizó en el resultado<sup>33</sup>.

El tipo objetivo en los delitos de omisión pura está conformado por una situación típica, en la que se omite una determinada acción que la norma -preceptiva-manda hacer, pese a que el sujeto podía haberla realizado, siendo sus requisitos objetivos:

- a) la situación típica;
- b) la ausencia de una acción determinada;
- c) la capacidad de realizar esa acción.

En cuanto al tipo subjetivo, el dolo consiste en que el sujeto conozca la situación generadora de realizar la acción debida y decida no llevarla a cabo, sabiendo que implica o puede implicar la realización del tipo omisivo.

Ejemplos de esta categoría de delitos es la omisión de auxilio (art. 108 del C.P.)

A su vez, en los delitos de comisión por omisión, dentro del tipo objetivo, a los tres elementos ya mencionados, se le agregan:

- d) la posición de garante del autor;
- e) la producción de un resultado;
- f) la posibilidad de evitarlo.

La posición de garante integra la situación típica, la producción del resultado deviene de la ausencia de la acción determinada, mientras que la capacidad de acción debe comprender la capacidad de evitar el resultado.

---

<sup>33</sup> CORDOBA, “Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito”, *Revista para el Análisis del Derecho* N°3 - 2021 - ISSN 1698-739X, InDret, Barcelona, 2015. El distinguido profesor propone reformular el criterio del riesgo permitido utilizado a nivel de la imputación objetiva en “deberes de evitar”, lo que simplifica la comprensión de la relación entre el riesgo permitido y el deber de cuidado de adquirir conocimiento que caracteriza también a la imprudencia. Al respecto, explica que “si el autor no tiene el deber de evitar porque el comportamiento es un riesgo permitido, entonces tampoco tiene deber alguno de procurarse conocimiento; y si ya lo poseyera, ese conocimiento sería irrelevante, se trataría de conocimientos especiales”. Ahora bien, a la inversa, “puede suceder que la adquisición de conocimiento, en las circunstancias dadas, ya no sea exigible, pero que sí sea exigible evitar, es decir, que exista aún el deber de evitar, si se dispone del conocimiento para ello. El ejemplo más claro lo proporcionan los casos de principio de confianza

La situación típica es reconocida en forma unánime por la doctrina como primer elemento de todo delito de omisión y comporta la situación de peligro para el bien jurídico que exige la intervención de parte del garante.

En efecto, para que se verifique la situación típica en los casos de comisión por omisión “se debe dar el peligro de producción inminente de un resultado delictivo de los comprendidos en los correspondientes tipos de los delitos de acción”<sup>34</sup>.

Asimismo, cuando hablamos de ausencia de determinada acción, nos estamos refiriendo a la no realización del comportamiento esperado de parte del omitente, es decir, aquél tendiente a la evitación del resultado típico. Naturalmente esa acción debe ser posible para el garante, esto es, debe estar en condiciones de realizarla.

Por su parte, “si el segundo momento de la estructura típica de todo delito de omisión es la ausencia de la acción debida, a ella debe seguir en los delitos de comisión por omisión la producción del resultado”<sup>35</sup>.

Además “junto con la capacidad de realizar la acción debida, en los de comisión por omisión es preciso que el autor hubiese podido evitar el resultado de haber interpuesto la acción indicada”; extremo que faltará “cuando la acción positiva indicada de nada sirva para evitar el resultado, porque de todas formas vaya a producirse”<sup>36</sup>.

Estas últimas consideraciones nos introducen a la cuestión inherente a la imputación objetiva del resultado típico a la omisión del garante. Va de suyo que la disputa doctrinal tuvo su génesis en la imposibilidad de verificar una verdadera relación de causalidad entre la omisión y el resultado típico, pues resulta evidente que un resultado positivo no puede haber sido “causado”, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, por un mero “no hacer”. Sin embargo, como bien lo explica Mir Puig, en los delitos de comisión por omisión “para que sea posible la imputación objetiva del resultado producido no es necesario afirmar una verdadera relación de causalidad

---

<sup>34</sup> CEREZO MIR, *Derecho Penal Parte General, Obras Completas*, 2006, p. 990.

<sup>35</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 2015, p. 328.

<sup>36</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 2015, p. 328.

naturalística, sino que basta con que el sujeto hubiera podido evitar el resultado cuando se hallaba en posición de garante”<sup>37</sup>.

Es que, en definitiva, en los delitos de comisión por omisión hay que distinguir la relación de causalidad como cuestión de las leyes naturales (que para esta clase de figuras no resulta necesaria), de la imputación objetiva del resultado como cuestión claramente normativa.

Por tanto, en la omisión debemos hablar de una “causalidad hipotética” en donde lo decisivo es si la acción indicada hubiera podido evitar el resultado típico de haber sido interpuesta por el garante. Aquí la doctrina se divide en dos grandes grupos a saber: -aquellos que exigen la constatación de que la realización de la conducta debida hubiese evitado el resultado con una probabilidad rayana a la seguridad (doctrina dominante)<sup>38</sup>; y los que consideran necesario y suficiente que la interposición de la acción esperada hubiera supuesto con seguridad un aumento de las posibilidades de evitación del resultado (segura disminución del riesgo)<sup>39</sup>.

Me inclino por la primera de las posiciones, pues si bien es cierto que “el deber de auxilio existe ya con tal de que ex ante ofrezca posibilidades de éxito”, no lo es menos que la imputación objetiva del resultado necesario para la comisión por omisión consumada requiere además que el riesgo creado (mejor: no disminuido) se realice efectivamente en el resultado, cuestión que sólo puede decidirse afirmativamente si ex post se comprueba que el resultado se habría evitado (al menos con práctica seguridad) mediante la intervención omitida.

Una interpretación contraria corre el riesgo de poco menos que transformar a tipos penales de lesión en figuras de peligro con menoscabo del principio de legalidad.

### 5.1. La obligación de impedir el resultado. Posición de garante

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

---

<sup>37</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 2015, p. 329.

<sup>38</sup> A favor de esta postura resultan: ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., B. I, 2006, p. 393 y MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 2015, p. 337.

<sup>39</sup> STRATENWERTH, *Bemerkung zum Prinzip der Risikoerhöhung* y OTTO, *Manual de Derecho Penal*, 7ª ed., p. 181 en MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 2015, p. 337.

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

Teniendo en consideración la implicancia que posee la posición de garante, esto es, que es el elemento que permite la equiparación de un supuesto de omisión a la causación positiva del resultado típico, resulta fundamental determinar en qué casos es que tiene lugar.

Tradicionalmente, la posición de garante se fundaba en las fuentes tradicionales, 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.

Con posterioridad la doctrina ha tendido a ampliar las fuentes de la posición de garante. Desde esta concepción, siguiendo a Mir Puig, la posición de garante “se da cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones. Ambas situaciones convierten al autor en garante del bien jurídico correspondiente”<sup>40</sup>.

Esa específica función de protección de la posición de garante se fundamenta en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico. Y esa relación, que hace nacer la posición de garante, a su vez determina la calidad de autor de quien incumple su función.

En la búsqueda del fundamento de la posición de garantía, Mir Puig destaca que “a mi juicio deben jugar en ello un papel central las dos ideas siguientes: a) la creación o aumento, en un momento anterior, de un peligro atribuible a su autor y b) que tal peligro determine en el momento del hecho, una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante. La creación o aumento de un riesgo imputable en un momento anterior no es todavía típica (por ser anterior), pero permite afirmar que el omitente no es ajeno al peligro del bien jurídico, sino que es responsable de dicho peligro y está obligado personalmente a evitar que se convierta en lesión. Para ello no bastará que haya causado o aumentado el riesgo, sino además que lo haya hecho voluntariamente o en otras condiciones -como el desempeño de determinadas funciones

---

<sup>40</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 2015, p. 317.

familiares o sociales- que permitan atribuírselo. El segundo requisito de dependencia personal hará preciso, además, que la existencia o indemnidad del bien jurídico cuyo peligro se ha creado quede efectivamente en manos del omitente: bajo su control personal -para lo que no basta la genérica posibilidad de salvación, condición también de la omisión pura”.<sup>41</sup>

Una posición de garante así definida “es precisa para que la no evitación de un resultado lesivo pueda equipararse a su propia causación positiva y castigarse de acuerdo al precepto que sanciona su producción”<sup>42</sup>.

El actual estado de la ciencia jurídica-penal permite distinguir los siguientes supuestos de posición de garante:

**1) Garantes de protección:** comprende aquellas situaciones en que por una relación familiar o social, o una conducta voluntaria, somete a un bien jurídico determinado a la dependencia de un sujeto, en términos en que éste se hace responsable (garante) del mismo. Comprende:

a) *Vínculos familiares:* Se deriva una posición de garante de protección, ante todo, de determinadas instituciones del Derecho de familia. En general se reconoce que la patria potestad fundamenta una amplia posición de garante en protección de los bienes jurídicos de los hijos menores de edad. Lo mismo vale para la relación sustitutiva del tutor. También un encargado de custodia de intereses es garante de los bienes jurídicos del custodiado.

Está discutida la cuestión de si, y en qué medida, se deriva una posición de garante de protección, a partir de las restantes relaciones del Derecho de familia. Parte de la jurisprudencia ha aceptado una posición de garante de esa índole no sólo entre parientes en línea recta, sino también entre hermanos, afines y prometidos. Sin embargo, sólo existe una posición de garante en virtud de relaciones jurídico-familiares, en tanto esta relación ligue a los miembros de ella en un destino común. Como

---

<sup>41</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 2015, p. 319.

<sup>42</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 2015, p. 320.

parámetro de ello se recurre, debido a la falta de otros puntos de contacto, a la existencia de un deber legal de manutención<sup>43</sup>.

b) La asunción de una función de protección: Surge una posición de garante de protección cuando alguien asume voluntariamente la protección de un bien jurídico. En este caso no interesa que haya una obligación derivada de un acto jurídico. Incluso quien, por pura amabilidad, p. ej., está cuidando a un niño pequeño mientras la madre va a hacer las compras al supermercado es responsable, como garante, de cumplir la función de protección asumida. Por otro lado, una obligación derivada de un acto jurídico no es suficiente, por sí sola, para fundamentar una posición de garante por asunción de una función de protección. Así, la obligación contractual de cuidar un niño determinada noche no convierte aún, a la persona obligada, en garante del bienestar del niño. Una posición de garante tal surge recién cuando la función de protección es asumida efectivamente.

c) La comunidad de peligro: Se alude con esta expresión a la participación voluntaria en una actividad peligrosa en que intervienen varias personas quienes se deben protección recíproca pero sólo si conciertan en común la realización de la empresa peligrosa (así, p. ej., montañistas, navegantes que dan la vuelta al mundo, investigadores polares, etc.). Son garantes de los bienes jurídicos de cada uno de los otros que son puestos en peligro por el emprendimiento común. Si ellos no le prestan el auxilio posible y necesario a sus compañeros de travesía en una situación de necesidad, serán punibles, si se produce el correspondiente resultado, por ejemplo; lesión corporal o por homicidio por omisión. En cambio, la sola circunstancia de que varias personas se hallen fortuitamente en la misma situación peligrosa no fundamenta una posición de garante. Solamente estarán obligados a prestarse auxilio recíprocamente<sup>44</sup>.

La razón es que, si en estos casos se asume el peligro que representa la actividad de que se trate, es con la confianza en la posible ayuda de los demás intervinientes (nadie se atrevería a realizar en solitario determinadas excursiones).

---

<sup>43</sup> FRISTER, *Derecho penal. Parte General* (traducido por Marcelo SANCINETTI) 4.ª ed., 1.ª reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2016 [2006].

<sup>44</sup> FRISTER, *Derecho penal. Parte General* (traducido por Marcelo SANCINETTI), 2016 [2006].

**2) Garantes de control:** La indemnidad de los bienes jurídicos puede depender personalmente, también, del control de determinadas fuentes de peligro por parte de quien las ha creado o de aquél a quien se ha atribuido su vigilancia. Ejemplo: El conductor tiene obligación de controlar el vehículo y es garante de los riesgos que implica para bienes jurídicos, si deja de efectuar dicho control el peligro se convertiría en una lesión a los ciudadanos legítimamente confiados. Esta lesión poseería la misma gravedad que la causada por vía positiva. Aquí se incluyen:

a) El actuar precedente (o injerencia): quien ha provocado una situación de peligro, por encima del riesgo permitido -antinormativa-, está obligado a evitar que ese peligro se convierta en lesión.

La posibilidad de que, en principio, surja una posición de garante tal a partir de la así llamada injerencia, está ampliamente reconocida en la actualidad. Pero es problemática y está discutida la cuestión de cuáles son las exigencias que cabe hacer a la conducta previa generadora de peligro. Mientras que la jurisprudencia más antigua todavía consideraba suficiente la mera causación de un peligro, la jurisprudencia más reciente y la doctrina actual coinciden ampliamente en que, al menos como regla general, sólo una causación del peligro "objetivamente contraria al deber" puede fundamentar una posición de garante por injerencia.

Rudolphi 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>45</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.

En cambio no se deriva una posición de garante, como regla general, a partir de la causación de un peligro objetivamente imputable, pero justificada. Por ello, a quien ha lesionado al agresor actuando en legítima defensa, no se lo considera, en la jurisprudencia, con razón, garante de impedir las consecuencias que resultan de la lesión. Si él no le presta al agresor el auxilio necesario, será punible, por la figura prevista en el art. 108 del Código Penal, pero no por un delito de lesión corporal o de homicidio por omisión.

No obstante, una conducta objetivamente justificada fundamenta excepcionalmente una posición de garante por injerencia, si la justificación se deriva sólo del deber de solidaridad entre seres humanos. Quien, para conjurar un estado de necesidad, recurre a bienes jurídicos ajenos, tiene que ocuparse al menos de que por esa injerencia no surjan otros menoscabos para el bien jurídico. Por ello, está obligado como garante a conjurar ulteriores peligros que resulten de menoscabos al bien jurídico justificado<sup>46</sup>.

*b) Deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio -instalaciones, máquinas, animales-:* Una posición de garante de control puede derivarse del poder de organización sobre determinado ámbito de dominio. En estos casos será responsable de que el peligro no se realice quien cuenta en su esfera de dominio con una fuente de peligro para bienes jurídicos, pues le corresponde el control de que depende la indemnidad de los bienes jurídicos.

La configuración más inmediata de esta posición de garante es la responsabilidad por peligros que provienen del propio cuerpo. Frister, presenta el ejemplo del portador de una enfermedad contagiosa, quien tiene que evitar, dentro de lo posible, que otros se contagien de él. En tanto el peligro de contagio no constituya riesgo permitido, estará

---

<sup>45</sup> RUDOLPHI, Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz. 1966 en GIMBERNAT ORDEIG, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana*, t. L, ADPCP, 1997, p. 21.

<sup>46</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana*, 1997, p. 21.

obligado a advertirle a las personas con las que entre en contacto. Asimismo, cada uno está obligado a evitar, dentro de lo posible, lesiones a bienes jurídicos que amenacen producirse por su propia persona en estado de incapacidad de acción o de culpabilidad.

Lo mismo rige respecto del ámbito de dominio de una persona sobre objetos. Aquel que ejerce el poder de dominio efectivo sobre un animal o una cosa es garante de que nadie sea dañado por el animal o la cosa. Cuando amenaza producirse un daño tal<sup>47</sup>.

*c) Responsabilidad por la conducta de otras personas respecto de las cuales tienen el deber de vigilar:* Asimismo, el dominio sobre otras personas puede fundamentar una posición de garante. Así, p. ej., los padres están obligados a vigilar a sus hijos, de modo tal que no cometan hechos antijurídicos. Pero este deber de vigilancia existe en tanto los niños sean aún menores de edad, tendrá que impedirlo tomando las medidas apropiadas.

Los funcionarios de ejecución penitenciaria son responsables, en virtud de su poder de dominio, de que los presos que están a su cuidado no cometan delitos. El superior de un servicio público tiene la obligación, en virtud de regulaciones legales expresas de impedir delitos de sus subalternos en el ámbito del servicio. Está discutida la cuestión de si rige lo mismo en la economía privada, y en qué medida. Pero, preponderantemente, hoy se acepta en cabeza del director del negocio una posición de garante de impedir delitos de sus trabajadores, vinculados con la empresa.

#### 5.1.1. Delitos de infracción del deber como fuente de garante

Jakobs señala que todo delito, sea de acción u omisión, defrauda una expectativa cautelada jurídicamente. La expectativa consiste en que las personas se comportarán y relacionarán conforme a derecho, y por tanto no causarán daño a otras (relación negativa). En el mismo sentido, existirán casos en que las personas deberán efectuar determinadas conductas que mejoren la situación de otros (relaciones positiva). De la una y la otra -relaciones negativas y positivas-, nacerán mandatos y prohibiciones. Así, los padres tienen el deber de cuidar a sus hijos, y al mismo tiempo de no abandonarlos. Lo mismo ocurre en las relaciones negativas, quien provoca daño

---

<sup>47</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana*, 1997, p. 21.

o ha puesto a otro en una situación de riesgo, incumpliendo su obligación negativa de no dañar, deberá sustraerlo de dicha situación<sup>48</sup>.

Al respecto, el mencionado doctrinario, sostiene que la 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>49</sup>.

Afirma 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 de vigilancia: “La 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”.

Los distintos deberes se diferencian según su fundamento de responsabilidad, esto es, en razón de una competencia por organización o institucional, lesionando reglas de un estatus general o especial, como el de los padres hacia los hijos<sup>50</sup>.

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 derivada 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.”

Fernando J. Córdoba, en su tarea de explicar la clasificación bipartita de los delitos formulada por Jakobs, afirma que los delitos de organización, son aquellos en

---

<sup>48</sup> JAKOBS, “Teoría y praxis de la injerencia,” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999, ps. 17/19.

<sup>49</sup> JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2.<sup>a</sup> ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997 [1983], ps. 969

<sup>50</sup> ROXIN *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, 7.<sup>a</sup> ed., Madrid 2000, ps. 751

que la responsabilidad se fundamenta por la libre organización de los ciudadanos, mientras que en los delitos de infracción de deber, el deber de evitar el riesgo de la producción del resultado típico tiene por fundamento una institución positiva, en estos últimos la posición de garante surgirá por pertenecer a alguna de las instituciones fundamentales para la existencia de la vida en sociedad, a las que el ciudadano libremente elige pertenecer. Ejemplifica: “...uno puede decidir libremente si quiere o no tener hijos, pero, si termina teniendo uno, ya no puede elegir si quiere hacerse cargo de las obligaciones de un padre. El modo de relacionarse entre padres e hijos ya está preconfigurado -y de manera no disponible- en el código civil por el Derecho de Familia”. Dichas instituciones resultan ser: la relación paterno-filial, la confianza especial y los “deberes genuinamente estatales”<sup>51</sup>. Pasaré a explicar detalladamente.

#### 5.1.1.1. Los deberes en virtud de responsabilidad por organización.

En éstos el deber de evitar es una concreción del deber general de no dañar a otros, de no lesionar los derechos de terceros, “principio de no daño” o deber de no lesionar los derechos de terceros.

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. 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.

Desde Feuerbach en adelante predominó la opinión de que sólo a través de causaciones y, por tanto, acciones, era posible producir daños y lesionar derechos<sup>52</sup>.

El punto de vista que subyace a la teoría de los delitos de infracción de deber (al menos en la visión de Jakobs), es que ejercemos nuestros derechos mediante una organización determinada de nuestra esfera de libertad (de allí la denominación “delitos

---

<sup>51</sup> CÓRDOBA, “Delitos de Infracción de Deber”, *En Letra, Derecho Penal*, Año I, número 1, 2015, p. 93.

<sup>52</sup> JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassung*, Opladen, Westdeutscher, 1996, p. 11 ss. en CÓRDOBA, “Delitos de Infracción de Deber”, *En Letra, Derecho Penal*, 2015, p. 93.

de organización”) y esta organización de la esfera de libertad consta tanto de momentos comisivos como de momentos omisivos.

Cuanto más automatizada esté la actividad, más son los momentos omisivos, y cuanto menos automatizada, más los momentos comisivos.

Es decir, los “delitos de organización” el deber de evitar, cuya infracción convierte al comportamiento en típico, es una concreción del principio de no daño o *neminem laedere* que, a su vez, es el correlato, el sinalagma, de la libertad de organizar.<sup>53</sup>

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:

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.

III) mediante el poder sobre la otra persona, es decir, la facultad de una persona de configurar el contenido del ámbito de otra persona

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<sup>54</sup>.

#### 5.1.1.2. Delitos de infracción del deber.

El deber de evitar el riesgo de producción del resultado típico tiene fundamento en una institución positiva en los delitos de infracción del deber.

---

<sup>53</sup> CÓRDOBA “Delitos de Infracción de Deber”, *En Letra, Derecho Penal*, 2015, p. 93.

<sup>54</sup> JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 1997 [1983], p. 350.

Puntualmente, esta teoría fue presentada por Claus Roxin en 1963 para brindar una respuesta a aquellos casos de tipos penales que exigían cualidades especiales de autoría, y la categoría del Dominio del hecho, también creada por el citado jurista, no resultaba satisfactoria.

En punto a la incompatibilidad de la Teoría del dominio del hecho como criterio de determinación de autoría en este tipo de delitos, Roxin señala "...cuando el legislador habla, como sujeto del delito, de un "funcionario" o de un "médico", esto es algo distinto a un señor del hecho. Un funcionario no necesita tener dominio del hecho, y quien domina el hecho no necesita ser funcionario. Por tanto, es evidente que allí donde la ley asigna al ejecutor elementos especiales, el concepto de la figura central resulta dotado de contenido mediante otros criterios"<sup>55</sup>.

Así entonces, solamente un *intraneus* podrá ser autor de un delito de infracción de deber. Es que lo que lo convierte en autor es el deber específico de comportarse adecuadamente, derivado de tener a su cargo la obligación de cumplir con un determinado comportamiento.

En estos delitos, para Roxin, la infracción de deber es un criterio de determinación de autoría. El criterio del dominio del hecho y la voluntad de autor ningún lugar ocupa a la hora de individualizar a la figura central. Sólo importa el quebrantamiento del deber, fundamentador de la autoría. Mientras que el fundamento de la punición, al igual que el resto de los delitos, será la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos<sup>56</sup>.

A su vez, esto implica que conductas que bajo la óptica del dominio del hecho serían de participación, bajo el marco de los delitos de infracción de deber pasarán a ser de autoría.

En este sentido "La teoría de Roxin también trae consecuencias importantes en materia de autoría mediata, puesto que para él, en los delitos de infracción de deber será autor mediato el *intraneus* que coopere con un *extraneus*, infringiendo su deber de cuidado. Es decir que no será necesario que domine la voluntad del extraño ni el hecho en sí mismo, sino simplemente que coopere con aquél violando el deber que le está

---

<sup>55</sup> ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 2000, p. 370.

<sup>56</sup> RESTON, *Los delitos de infracción de deber ¿es admisible un doble criterio de determinación de autoría?*, B de F Editorial, 2014, p.24

asignado, o bien deje librada la ejecución de la acción a quien no tiene el deber a su cargo. En efecto, con esa violación al deber, el intraneus habrá determinado ya la lesión al bien jurídico tutelado. He aquí la solución propuesta para el gran problema del instrumento doloso no calificado”<sup>57</sup>.

Jakobs, por su parte afirma que bajo este sistema, todo sujeto que está vinculado a una determinada institución está obligado al cuidado solidario del bien que aquella tutele, sin que importe la forma de actuación de dicho obligado. Así, delitos que en principio serían de dominio, se convierten en delitos de infracción de deber si el autor es un obligado especial, lo cual vale tanto para la acción como para la omisión.

En efecto, el deber general negativo -no dañar al otro- y los deberes positivos de las instituciones son el fundamento, respectivamente, de los delitos de dominio y de infracción de deber

Siguiendo con el pensamiento de Jakobs, el autor sitúa dentro de los deberes a: la relación paterno-filial (y sustitutivas), la confianza especial (incluyendo matrimonio no meramente formal) y las relaciones estatales de poder.

La característica común de todas las instituciones es que están definidas a partir de un entramado de deberes -y sus derechos correlativos- que tienen como contenido la aportación de una prestación positiva a otra persona o a la propia institución y, a través de ella, al resto de los ciudadanos.

Así, los padres deben alimentar y cuidar a sus hijos, si es necesario buscar asistencia médica, evitar los peligros para su vida y su integridad, y, además, cuidar el patrimonio de sus hijos. El Estado, a través de sus funcionarios, cada uno en el ámbito de su competencia, (i) debe velar por la seguridad de las personas sometidas a su autoridad (p. ej., en el servicio militar o prisión), (ii) debe ocuparse de la seguridad interior y exterior (y la policía por eso evitar la comisión de delitos), (iii) debe brindar también asistencia social elemental (p. ej., en caso de catástrofes o peligros masivos), y (iv) debe asegurar los principios básicos del Estado de Derecho (esto es, la sujeción a la ley de la administración pública y de la administración justicia, la observancia de la legalidad en la persecución penal y el cumplimiento de las penas, etc.)<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> RESTON, *Los delitos de infracción de deber ¿es admisible un doble criterio de determinación de autoría?*, 2014, ps. 28/29.

<sup>58</sup> CÓRDOBA, “Delitos de Infracción de Deber”, *En Letra, Derecho Penal*, 2015, p. 93 y ss.

Fernando J. Córdoba señala que en los delitos de infracción de deber solo puede ser autor el obligado institucionalmente que infringe su deber de aportar una prestación positiva. Pero, por eso mismo, si el obligado infringe su deber institucional, responde siempre a título de autor, aunque su comportamiento sea materialmente el de un cómplice o un instigador. Es que los deberes positivos vinculan al obligado institucional de manera personal, de modo que su infracción también solo puede ser llevada a cabo de un modo personalísimo y, por tanto, siempre a título de autor<sup>59</sup>.

A su vez, al igual que ocurre en los “delitos de organización”, también los deberes institucionales se cumplen o se infringen, según las circunstancias del caso, actuando u omitiendo indistintamente.

Finalmente, el distinguido profesor Dr. Córdoba aclara que no todo “delito especial” es un “delito de infracción de deber”, sino sólo aquellos en los que el “deber especial” que determina la condición de autor es un “deber institucional”, es decir, deriva de alguna de las instituciones positivas mencionadas.. A estos últimos Jakobs propone denominarlos “delitos especiales en sentido amplio” y a los de infracción de deber “delitos especiales en sentido estricto”. Y por la misma razón tampoco todos los delitos imprudentes, ni todos los delitos de comisión por omisión, son necesariamente “delitos de infracción de deber”, como sostuvo Roxin,<sup>60</sup> sino sólo cuando están vinculados a una institución.

De lado opuesto, los “delitos de infracción de deber” no son sólo los comportamientos que pueden ser subsumidos bajo el tenor literal de un “delito de infracción de deber” “positivado”, es decir, de un “delito especial en sentido estricto” (como sucede por ej. con los delitos de funcionarios), sino toda lesión a la institución subsumible en un tipo penal aunque el tipo esté formulado como un delito de autor indistinto. Así, por ej., antes de la sanción de la ley 25.816, el robo cometido por un policía en una casa del barrio que debía vigilar era ya un “delito de infracción de

---

<sup>59</sup> CORDOBA, “Delitos de Infracción de Deber”, *En Letra, Derecho Penal*, 2015, p. 93 y ss.

<sup>60</sup> En las primeras dos ediciones de *Täterschaft und Tatherrschaft*, ROXIN incluyó los delitos imprudentes en la categoría de los delitos de infracción de deber. A partir de la tercera edición abandonó esta posición, por considerar que “la infracción del deber general de cuidado que fundamenta el ilícito tan sólo caracteriza al deber de evitar que concierne a todo ciudadano y que está presupuesto también en los tipos dolosos” (cf. supra nota 1, p. 697). En cambio, sigue considerando hasta el día de hoy que todos los delitos de omisión son delitos de infracción de deber (cf., ídem, pp. 459 ss. y 702 ss.; asimismo, supra nota 28, § 31, n.º m. 140) en CORDOBA, “Delitos de Infracción de Deber”, *En Letra, Derecho Penal*, 2015.



deber”, aunque la conducta sólo pudiera ser subsumida en el tipo penal del artículo 164 del Cód. Penal. Lo mismo vale para el padre que hurta o daña una cosa de su hijo menor de edad (sin perjuicio de la aplicación de la excusa absolutoria prevista para los parientes en el art. 185 del Cód. Penal).

## 6. Estructura subjetiva

### 6.1. El dolo

En los delitos de omisión, el dolo del omitente concurre cuando éste ha tenido el conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción. Y su *animus* se pone de manifiesto cuando deja transcurrir los hechos sin actuar, conociendo las circunstancias que fundamentan el peligro de producción de la muerte y su posibilidad de evitarlo<sup>61</sup>.

Mir Puig sostiene que, es la decisión de realizar cierta conducta (en este caso de mantener un comportamiento no activo), sabiendo que ello implica o puede implicar el tipo omisivo. Agrega a ello que, en los delitos de comisión por omisión, “el dolo debe abarcar no sólo la ausencia de acción debida, sino también la posibilidad y necesidad de evitación del resultado mediante aquella acción”<sup>62</sup>.

De allí, que desde el aspecto subjetivo, en los tipos omisivos impropios dolosos, se requiere que el omitente tenga conocimiento de la situación generadora del deber de actuar, de las circunstancias que fundamentan la posición de garante y de las que fundamentan la posibilidad de actuar; y además la representación de ese resultado, y de acuerdo a la postura asumida respecto al concepto de dolo, la aceptación, ratificación o, al menos, resignación del resultado eventual.

A ello, se puede agregar que aunque tradicionalmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica, esta definición ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina y por los tribunales,

---

<sup>61</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, obra colectiva dirigida por Manuel COBO DEL ROSAL, Edersa, Madrid, 1999, p. 477

<sup>62</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 2015, p. 337.

hasta el punto de poderse afirmar que, hoy en día, el dolo se concibe (de forma explícita o implícita) sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo. Por expresarlo de forma simple pero contundente, el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento.

El motivo principal es que una aplicación coherente del dolo definido como voluntad o intención lleva a castigar como meras imprudencias supuestos que, ante los ojos de cualquier espectador, parecen mucho más cercanos al merecimiento de pena propio de los comportamientos dolosos que al de los negligentes. Esta valoración se aprecia ya en el siglo XIX, cuando surgen en la doctrina figuras como el dolo directo de segundo grado o el dolo eventual, que no son otra cosa que ampliaciones del concepto de dolo pensadas para no tener que castigar como simples imprudencias supuestos que parecen mucho más graves<sup>63</sup>.

## 6.2. La culpa y el error de tipo

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 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.

La doctrina se encuentra uniforme en el sentido de los delitos de comisión por omisión admiten la posibilidad de su comisión culposa. En ese sentido, Welzel señala que “El delito de omisión culposos, tal como el delito de comisión culposos, 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>64</sup>.

Por otra parte, el error superable (desconocimiento evitable) de las circunstancias que fundamentan el deber de actuar, la posición de garante o la

---

<sup>63</sup> RAGUÉS I VALLÈS, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *REJ – Revista de Estudios de la Justicia – No 4 –2004*.

<sup>64</sup> WELZEL, *Derecho Penal Alemán, Parte General* (traducción de BUSTOS RAMÍREZ Y YAÑEZ PÉREZ), 1997, p. 285.

posibilidad de obrar en el sentido requerido por el mandato de acción, determina una imputación por un delito de omisión culposo.

Righi sostiene que en los delitos impropios de omisión el dolo requiere que el sujeto advierta las circunstancias de las que surge su posición de garante, pero no es necesario que conozca el deber que surge de la situación de garantía. En efecto, padece un error de tipo la omitente que no sabe que es su hijo el bebé a quien no proporcionó alimentos, por lo que si pudo evitar equivocarse, corresponde la imputación por delito imprudente<sup>65</sup>.

En cambio, obra con dolo la madre que omita alimentar al bebé sabiendo que es su hijo, aunque ignore que las fuentes formales y materiales de las fuentes de garantías hacen nacer el deber de hacerlo, pues no padece un error de tipo sino de prohibición, que carece de significación para la concreción del tipo subjetivo, debiendo ser considerado en el ámbito de culpabilidad.

La concurrencia de un error de tipo que neutralice el dolo, abre la posibilidad de imputar un tipo omisivo imprudente, siempre que el omitente hubiera podido conocer las circunstancias que fundamentan el deber de actuar, su posición de garante o que le era posible obrar en el sentido requerido por la norma.

María Ángeles Cuadrado Ruiz en su obra “La comisión por omisión como problema dogmático” señala 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>66</sup>.

Finalmente 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”.

Con todo lo hasta aquí reseñado es factible concluir que la culpa no sufre alteración para los casos de omisión y que al igual que en los delitos de acción estará

---

<sup>65</sup> RIGHI *Derecho Penal: parte general*, 2.<sup>a</sup> ed, AbeledoPerrot. 2018. p. 471.

<sup>66</sup> CUADRADO RUIZ, *La comisión por omisión como problema dogmático*, tomo L. ADPCP, 1997, p.413

presidido por el elemento fundamental de la violación del deber de cuidado o falta del cuidado exigido en un ámbito de relación.

## **7. Evitabilidad individual**

Fernando Córdoba entiende que la evitabilidad individual de la conducta constituye el presupuesto para que pueda tener lugar la imputación penal. Añade entonces que “la evitabilidad individual significa que la conducta debe haberle sido evitable al autor concreto y no, por ejemplo, a un hombre promedio. En otras palabras, sucesos que al autor no le era posible evitar no pueden serle imputados (...) a nadie se le puede exigir más de lo que puede rendir: *ultra posse nemo obligatur*”<sup>67</sup>.

Según el distinguido profesor, el concepto de evitabilidad se construye teniendo en cuenta las capacidades intelectuales y físicas del autor. Más no su capacidad de motivación. Concluye entonces que el derecho penal es un derecho penal de culpabilidad por la voluntad, que no reprocha déficits cognitivos, sino exclusivamente déficits volitivos. Así sostiene que cuando el autor dispone de capacidades físicas e intelectuales que le habrían permitido evitar con tal de haberlo querido, hay que concluir que la razón de la no evitación y de la no realización de la conducta se encuentra en un déficit volitivo.

En los delitos de omisión, se debe analizar si el autor dispuso de las capacidades físicas necesarias de realizar la acción mandada. Por su parte, en el plano subjetivo, la evitabilidad requiere previsibilidad. Sólo se puede evitar aquello que se puede prever. Lo imprevisible es inevitable.

En función de ello, el Dr. Córdoba entiende que el dolo debe ser entendido como conocimiento, y la imprudencia, como previsibilidad, no pertenecen al ilícito en tanto hechos psíquicos, sino como síntomas de que la conducta es evitable, es decir, como formas de evitabilidad. Es decir, lo que interesa es establecer si el autor actuó con

---

<sup>67</sup> CORDOBA, “Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito”, InDret, 2015, p. 2.

conocimiento (dolo) o previsibilidad (imprudencia) porque sólo se le imputa lo que fue evitable para él<sup>68</sup>.

En efecto, el dolo debe ser concebido como la forma de evitabilidad en la que el autor, por disponer ya del conocimiento necesario, con sólo quererlo, se halla inmediatamente en condiciones de evitar. El conocimiento que caracteriza al dolo no es entonces cualquier conocimiento; debe tratarse de un juicio válido para el autor, es decir, es preciso que el autor se represente, sobre la base de experiencia válida para él, y no sólo por especulación o por excesivo temor, que causará el resultado.

Por otro lado, desde este enfoque, mientras que, para el ilícito imprudente, basta con la previsibilidad objetiva del resultado, es decir, con lo que habría previsto un hombre prudente y razonable en la situación del autor<sup>69</sup>, el punto de partida de la evitabilidad individual reclama que el resultado le haya sido previsible al autor concreto. En otras palabras, la evitabilidad individual reclama la previsibilidad individual de la conducta y de sus consecuencias. Así las cosas, la conducta imprudente se caracterizaría por la previsibilidad individual de la realización del tipo.

A fin de resolver si en un caso concreto puede afirmarse que hubo previsibilidad individual hay que preguntarse, primeramente, qué circunstancias del hecho concreto conocía el autor (consciencia parcial del hecho). Una vez establecido esto, hay que determinar qué conocimientos generales tenía el autor respecto de las consecuencias cuya evitabilidad se analiza (saber experimental general). Por último, hay que preguntarse si aplicando esos conocimientos generales a las circunstancias del hecho actualmente conocidas, es decir, relacionando estas circunstancias con aquellos conocimientos previos, el autor habría podido advertir la peligrosidad de su conducta. Por cierto que la respuesta a la que se arribe dependerá también de los restantes factores intelectuales (inteligencia, velocidad de pensamiento, etc.), así como de sus condicionamientos (tiempo, cansancio, etc.)<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> CÓRDOBA, “Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito”, InDret, 2015, p. 5.

<sup>69</sup> Contra la postura que sustenta que para la tipificación del delito imprudente se requiere que el resultado haya sido previsible para el autor del caso real (previsibilidad individual).

<sup>70</sup> CÓRDOBA, “Dolo y evitabilidad individual”, *Pensar en derecho*, n° 1, año 1, P 216, Eudeba, Buenos Aires, 2012, p. 223.

## **8. La discusión dogmática en torno a la comisión por omisión en casos no escritos y su constitucionalidad**

No obstante la sólida base dogmática que funda y habilita la existencia de delitos de omisión impropia, conforme surge del desarrollo efectuado hasta el momento, y en consecuencia, la posibilidad de aplicar la figura de comisión por omisión cuando no existe una norma expresa, esta especial categoría continúa siendo objeto de críticas, en el orden nacional, fundamentalmente, por cierta parte de la doctrina.

En ese contexto las aguas se dividen entre:

- a) Aquellos que desde un prisma descriptivo de los verbos típicos consideran a los tipos comisivos como meros procesos de causación activa de resultados y como corolario entienden que se trata de tipos no escritos ajenos a los descriptos por la Parte Especial del Código Penal.
- b) Quienes consideran que los verbos típicos tienen un sentido más bien adscriptivo y por ello, los supuestos de comisión por omisión están incluidos dentro de los tipos originales de comisión.

### **8.1. Sentido descriptivo de los verbos típicos.**

Para los autores que se enrolan en esta postura, trazar un paralelismo entre una omisión y una acción y atribuirle responsabilidad penal contraría el principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto exige la existencia de una ley cierta, previa, escrita y estricta.

Righi indica que los delitos impropios de omisión son consecuencia de una creación teórica y de decisiones jurisprudenciales que deducen su existencia de mandatos contenidos en los tipos de acción, lo que supone la conversión de normas prohibitivas en imperativas<sup>71</sup>. En ese sentido, afirma que en el derecho argentino, la única posibilidad de superar las objeciones constitucionales que giran en torno a la

---

<sup>71</sup> RIGHI, "Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa de un delito", *Nueva Doctrina Penal, 2001- A- Editores del Puerto*, Argentina, 2001, p. 97.

comisión por omisión requiere de una reforma legislativa que consagre la punibilidad de quien omite impedir un resultado perteneciente a un delito contenido en un tipo de comisión.

Suma los requisitos, que a su criterio, debería contener la mentada cláusula: a) infracción de un deber emergente de una posición de garante impuesta como consecuencia de la protección del bien jurídico afectado, o de la vigilancia de una fuente de peligro causante del resultado y; b) una regla de equivalencia entre la gravedad de la infracción del deber del omitente y la producción activa del resultado. Finalmente, requiere además que el resultado concrete la total realización del tipo de un delito de lesión o de peligro formulado en la ley, que el omitente tenga la calidad de autor que requiere la comisión activa, que exista capacidad de evitación y finalmente causalidad hipotética.

Por su parte, Zaffaroni afirma que en la ley argentina no existe ni siquiera la fórmula general de equivalencia que habilita la construcción analógica de los tipos no escritos y, de existir ella misma sería inconstitucional frente a la general prohibición de la analogía *in malam partem*. Por ende, conforme a toda la tradición legislativa, no hay referencia alguna a la omisión que permita inferir la posibilidad de construir analógicamente estos tipos judiciales<sup>72</sup>.

En el caso “R., R. M. y otros s/ p. ss. aa. homicidio calificado” de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, Zaffaroni -en su voto en disidencia-, en donde se condenó a la madre de un niño por la comisión por omisión del delito de homicidio calificado por el vínculo considerándola coautora y aplicando la pena máxima, determinó la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia.

En el mencionado fallo, el tribunal que condenó en primera instancia había considerado válido extraer certeramente el comportamiento omisivo de la mujer en relación con resultado lesivo, dado que, pese a haber sabido lo que ocurría y poder intervenir impidiendo, anulando o morigerando el accionar del agresor, no hizo nada, siquiera verbalmente o propinándole después oportuno auxilio médico, no intervino mínimamente frente a la agresión de su hijo pese a contar con posibilidades concretas para hacerlo.

---

<sup>72</sup> ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, *Derecho Penal: parte general*, 2.ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 553.

El criterio utilizado por el a quo es que los tipos impropios de omisión no están todos escritos, y que el juez los debe completar individualizando las características de los autores conforme a los modelos legales que están escritos. Por ende, los tipos impropios de omisión no escritos serían tipos abiertos, al igual que los tipos culposos. Partiendo de estas premisas y observando que en los tipos escritos la posición de garante (el círculo de posibles autores) está definido en la ley, para los delitos de omisión impropia no escritos se apela a criterios generales, que en países como Alemania y España han sido introducidos legislativamente como veremos más adelante.

Contra ello Zaffaroni sostiene que ni siquiera en los códigos más totalitarios se consagró la analogía libremente, sino que siempre se procuró que haya pautas que la limiten consagradas por el propio legislador. Indica que por más esfuerzo que realice la doctrina contemporánea por justificarlos, es innegable que se está violando la exigencia de estricta legalidad. Además, habiendo tipos omisivos impropios escritos, no se explica la razón por la cual deba existir una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos.

Para el doctrinario, la construcción analógica de tipos penales en esta materia responde a un Derecho Penal que amalgama la moral y el derecho, lo cual no corresponde con los tiempos que corren. Le resulta inadmisibles que se pretenda salvar la legalidad penal con el deber emergente de otras leyes, como puede ser la civil, por ejemplo, para los casos en que se incumple un deber derivado del vínculo familiar.

## 8.2. Sentido adscriptivo de los verbos típicos.

Los autores que pregonan esta tesitura, sostienen que el fenómeno de la comisión por omisión es una variable en la forma de comisión del delito permitida en su interpretación e incluida dentro del campo semántico del enunciado. Adhiero a esta corriente signada por algunos de mis referentes al trabajar la cuestión: Silva Sánchez y Mir Puig. Entiendo que es la que mejor recepta el problema de manera respetuosa con los principios de legalidad y culpabilidad, legitimantes del Derecho Penal.

Así entonces, 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 él no hubiese generado empíricamente el proceso causal, en virtud de su rol de garante de bienes jurídicos.

Silva Sánchez señala 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, pues resulta evidente que la sociedad pretende dotarse de fuertes herramientas que aseguren niveles mínimos de estabilidad social (tutela de bienes jurídicos), con lo cual cobra relevancia las formas de control social.

Si bien no paso por alto los cuestionamiento que se presentan en orden a la figura de los delitos de comisión por omisión en casos no escritos, entiendo que los supuestos en que es factible determinar una identidad estructural y valorativa entre la acción y la omisión a nivel de injusto típico, así restringida no es inconstitucional por resultar directamente subsumible en los tipos activos de la parte especial que se trate; y si esto es así, el castigo de este reducido número de omisiones no requiere en nuestro derecho positivo de la existencia de ninguna cláusula de equivalencia, la cual de existir, incluso, atentaría contra la legalidad estricta al permitir la punición de comportamientos que no guardan el mismo desvalor típico.

Para ello, entiendo pertinente valarme de la visión de Silva Sánchez, quien “para poder afirmar la presencia de comisión por omisión es necesario comprobar su identidad estructural con la comisión activa, esto es, una auténtica igualdad en el plano normativo con ésta”<sup>73</sup>.

De esta manera, “la posición de garante se podrá configurar por la función de protección de un bien jurídico y por la función de control de una fuente de peligro. Sin perjuicio de ello, para Silva Sánchez, la responsabilidad no podrá derivarse de la posesión formal de esta posición jurídica de manera genérica, sino que será preciso demarcar, concretamente, la situación de garantía”.

La delimitación de esa posición “tiene lugar por el concreto compromiso asumido por el sujeto de actuar a modo de barrera de contención tomando el riesgo en sus manos, el cual, si bien no debe ser expreso, sí debe resultar inequívoco”

Por tanto, para Silva Sánchez, la identidad estructural de la comisión activa con la comisión por omisión “se obtendría en el plano normativo, con la vulneración del

---

<sup>73</sup> RIGGI, *Interpretación de ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude a la ley*, Atelier, Barcelona 2013 [2010], p. 169.

compromiso material inequívocamente asumido por el sujeto, de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos, que amenazan a una esfera jurídica ajena”<sup>74</sup>.

De acuerdo a ello, y por citar un ejemplo, los padres encargados de velar por el cuidado y alimento de sus hijos menores, cuando asumen inequívocamente ese compromiso, tienen en sus manos el control de los posibles riesgos que corre el menor y hace que terceros ajenos no intervengan en esas tareas.

Se trata en definitiva de la búsqueda del criterio de equivalencia entre la acción y la omisión que debe concurrir en el caso concreto para poder imputar al garante el resultado típico descrito en el tipo penal, a título de comisión por omisión.

Es decir, que para imputarle al autor el delito es necesario que haya asumido inequívocamente el compromiso de actuar como barrera de contención de riesgos, lo que sumado a su vulneración, genera en el omitente un control o dominio del riesgo idéntico al que se tiene por creación activa del mismo.

Y en esto debemos comulgar, pues sólo en los casos en que el omitente tenga un control del proceso lesivo de tal intensidad que pueda ser equiparado al que se obtiene por vía de acción, podrá establecerse el desvalor de injusto típico necesario para subsumir la omisión en el tipo penal de la parte especial de que se trate. Una interpretación de la omisión impropia así restringida, es la que permite su aplicación al caso concreto, sin afectaciones al principio de legalidad, en tanto, como ya hemos demostrado más arriba, no excede el sentido literal posible del texto y se corresponde con la necesaria hermenéutica que de toda norma jurídica debe realizarse.

A pesar de lo expuesto, hay quienes entienden que para evitar objeciones con base en el principio de legalidad sería necesario introducir en la ley una cláusula legal de equiparación entre la acción y la omisión.

El StGB alemán, de gran influencia en los ordenamientos aledaños de Europa continental, optó ya en 1975 por la inclusión de una cláusula genérica de conversión o

---

<sup>74</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión y sistema*, 2019 [2003], ps. 429/30.

complementación; también Austria<sup>75</sup>, Portugal<sup>76</sup>, e Italia<sup>77</sup>, aunque esta última con una fórmula legislativa más concisa. Veamos

El § 13 del StGB prescribe: “1) El que omita evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal, será punible según esta ley sólo si tenía que responder jurídicamente de que el resultado no se produjera y la omisión corresponde a la realización del tipo penal legal por un hacer. 2) La pena puede ser atenuada conforme lo dispuesto en el §49, párrafo 1<sup>o</sup>”.

De tal manera, se creó el sistema de equivalencia entre la acción y la omisión, sosteniéndose la segunda a partir de un tipo prohibitivo, en tanto se cumplan los requisitos de deber de garantía y la correspondencia de la omisión respecto de la realización de la modalidad de comisión activa<sup>78</sup>.

Por su lado, el art. 11 del Código Penal español establece: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

La legislación argentina carece de una "cláusula de conversión" expresa, pero ello no significa que los tipos penales de causación no puedan ser aplicados a las omisiones de garantes que debían evitar la producción del resultado respectivo. La pregunta de si sería deseable la inclusión de una "cláusula de conversión" en la parte

---

<sup>75</sup> Austria: art. 2 OStGB “Si la ley conmina bajo pena la acusación de un resultado, será también punible el que omita evitarlo, a pesar de estar vinculado a ello por el ordenamiento jurídico en virtud de una obligación que recae especialmente sobre él y la omisión de evitación del resultado es equiparable a una realización del tipo penal por un hacer”.

<sup>76</sup> Portugal, art. 40, Cód. Penal: 1”Cuando un tipo legal de delito comprenda cierto resultado, el hecho abarca no sólo la acción adecuada para producirlo sino también la omisión de la acción adecuada para evitarlo, salvo que fuera otra la intención de la ley. 2. La comisión por omisión de un resultado sólo es punible cuando recaiga sobre el omitente un deber jurídico que lo obligue personalmente a evitar es resultado. 3. En el caso del número anterior la pena podrá ser atenuada de modo especial”.

<sup>77</sup> Italia, art 40, Cód. Penal: “No impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de impedir equivale a causarlo”.

<sup>78</sup> SORIA, *La omisión en el sistema penal*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, ps. 54-55.

general del Código Penal puede ser contestada por sí o por no con argumentos contrapuestos de política legislativa, por ejemplo, se puede tener en cuenta que la inclusión de una cláusula de esa índole en las legislaciones suele tener el efecto de aumentar los casos en que la jurisprudencia aplica efectivamente la doctrina de los delitos impropios de omisión<sup>79</sup>.

Pensar la cláusula de equivalencia como una solución a todos los males de los tipos impropios de omisión resulta una utopía; así Sancinetti afirma que las dificultades seguirán siendo las mismas, porque en todo caso los límites del deber de garante siguen siendo difusos y es allí donde deberíamos hacer hincapié<sup>80</sup>.

## **9. Los restantes presupuestos de punibilidad**

### **9.1. Antijuridicidad**

La antijuridicidad, dice Zaffaroni, es la característica de contrariedad al derecho presentada por una conducta. En principio, cuando alguien realiza un tipo penal, ya con ello lesiona un bien jurídico. Sin embargo, para considerar antijurídica dicha conducta, habrá que comprobar si el autor no está amparado por alguna causa de justificación. La causa de justificación o el permiso neutraliza el disvalor provisorio indicado por el tipo penal, de manera que no existe, entonces, afectación verdadera del bien jurídico protegido.

Se aplican en la omisión las mismas reglas que determinan la antijuridicidad en los delitos de comisión, por lo que sea un delito propio o impropio de omisión, el comportamiento es contrario a derecho si no está justificado por una norma permisiva.

---

<sup>79</sup> SANCINETTI, *Casos del Derecho Penal: parte general*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005 concluye afirmando "...En mi opinión, el hecho de que muchos profesionales del derecho se resistan a tal doctrina o que entiendan que en todo caso se requeriría una cláusula legal de conversión, podría hacer preferible la inclusión de una fórmula tal en la ley, puesto que ello daría mayor seguridad o tranquilidad al aplicador del derecho; pero eso no demuestra que la inclusión sea estrictamente necesaria" p. 297.

<sup>80</sup> SANCINETTI, *Casos del Derecho Penal: parte general*, 2005, p. 313.

En otras palabras, las causas de justificación, son las mismas en el delito de comisión que en delito omisivo. Por un lado, es concebible que el titular del bien en peligro, efectiva o presumiblemente, no quiera que se evite el resultado típico, p. ej., que rechace determinado tratamiento médico necesario para evitar un daño a la salud. En un caso así, la omisión del tratamiento por el garante cumple el tipo de lesión corporal, pero está justificada por consentimiento o bien por consentimiento presunto. Por otro lado, puede ocurrir que evitar un resultado típico sólo sea posible, afectando bienes jurídicos de otras personas o de la generalidad. Aun en un caso así, la omisión de evitar el resultado por parte de un garante realiza el tipo delictivo respectivo, pero puede estar justificada, debido a la colisión de bienes jurídicos existente, por estado de necesidad o colisión de bienes<sup>81</sup>.

Frecuentemente se da una forma de colisión de bienes jurídicos que aparece exclusivamente en los delitos de omisión cuando, de varios bienes jurídicos en peligro, sólo puede ser salvado uno. Como ejemplo, represéntese el caso en que dos lesionados ingresados simultáneamente en una clínica de asistencia por accidentes tuviesen que ser conectados a un aparato cardio-respiratorio, pero en la clínica se tiene a disposición sólo un aparato de esa índole. El médico de servicio tiene el deber, frente a ambos lesionados, de salvarles la vida, pero sólo puede cumplir uno de estos dos deberes. Básicamente, en caso de tal colisión de dos deberes de acción, el garante tiene que salvaguardar el interés de mayor valor. Si ambos intereses, empero, son equivalentes, no hay una regla jurídica que diga cuál es el interés en cuyo favor tenga que decidirse. De allí infiere la opinión dominante, con razón, que en casos de esa índole ambas decisiones son acordes al Derecho. Si el médico conecta a un paciente al aparato, el homicidio cometido por omisión respecto del otro, no está sólo exculpado, sino que está justificado en virtud de la colisión de deberes<sup>82</sup>.

La ponderación de intereses en sí misma debe llevarse a cabo, en la colisión de deberes, según las mismas reglas que en el estado de necesidad justificante. Debe ponderarse entre sí el valor de la chance de salvamento de los bienes jurídicos en peligro, que se determina por los bienes jurídicos en peligro y la medida del menoscabo que los amenaza, como también el grado del peligro y la probabilidad de salvamento.

---

<sup>81</sup> FRISTER, *Derecho penal. Parte General* (traducido por Marcelo SANCINETTI), 2016 [2006].

<sup>82</sup> FRISTER, *Derecho penal. Parte General* (traducido por Marcelo SANCINETTI), 2016 [2006].

## 9.2. Culpabilidad

Como es sabido, 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: imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta.

La culpabilidad es personal, de manera que nadie puede ser responsabilizado por acciones de terceros que no ha podido ni debido impedir.

El delito de omisión tiene los mismos requisitos generales de culpabilidad que el delito de comisión.

Empero, 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 Derecho no puede omitir la acción correspondiente”<sup>83</sup>. Mientras que 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.

Por otro lado, en los delitos de omisión, 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>84</sup>.

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

---

<sup>83</sup> JESCHECK, / WEIGEN, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (traducción de Miguel Olmedo CARDENETE), 2002, p. 578.

<sup>84</sup> JESCHECK, / WEIGEN, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (traducción de Miguel Olmedo CARDENETE), 2002, ps. 578/579.

exista un conocimiento potencial de la ilicitud de la omisión y no se requiere un conocimiento efectivo.

## **10. Conclusión**

La omisión en un concepto normativo referido a una presentación positiva de asistencia que viene reclamada por un bien jurídico en peligro. Su existencia se verifica en el seno del injusto mediante un juicio interpretativo realizado en el ámbito de la tipicidad.

Es el tipo penal el que otorga significado jurídico a los comportamientos. En el plano pretípico solo existen acciones, las asociadas a una prohibición dan lugar a los delitos comisivos y las otras, vinculadas a un mandato de acción incumplido, configuran ilícitos omisivos

En ese sentido, Silva Sánchez afirma 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 constituye una mera secuela de la influencia desplegada en su día por las tesis del causalismo naturalista”<sup>85</sup>.

En ese rumbo, se comenzó abordando los delitos de omisión, desde el punto de partida de su construcción histórica hasta los postulados expuestos por las actuales vertientes normativistas que entienden a la omisión como un juicio de imputación a través de la ley penal, donde se pondera la inexistencia de una prestación exigida que tiene por finalidad la protección o realización de un bien jurídico determinado (tipo penal).

Desde esta perspectiva fue explicada con mayor detenimiento la estructura de los delitos de comisión por omisión, haciendo especial hincapié en las fuentes de garante, cuyo estudio ha sido largamente debatido por la doctrina y aun no se vislumbra una solución que sea aceptada por la generalidad de ésta.

---

<sup>85</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo código penal: Cinco cuestiones fundamentales*, J.M. Bosch, 1997, p. 60.

A mi juicio, puede descartarse inmediatamente la teoría formal de las fuentes de la posición de garantía por cuanto, 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 Kaufmann, en cuanto hace nacer la posición de garante de acuerdo a dos situaciones (deber de protección de un bien jurídico y control de una fuente de peligro), si bien aporta mayor claridad a la temática 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.

De mayor claridad resulta la teoría de los delitos de infracción del deber propuesto por Jakobs y explicada de manera exhaustiva por el Dr. Córdoba, en tanto brinda una sistematización sencilla y fácil de aprehender respecto de la determinación de los casos en que un sujeto se encuentra en la situación de evitar un resultado.

La nota característica de Jakobs, entre otras cuestiones, radica en que no parte de las categorías “clásicas” (entre ellas, las descriptas *ut supra* de acción y de omisión), sino que los hace partir de un sistema normativo integrado por los delitos de responsabilidad por propia organización y los caracterizados por incumplirse un deber especial<sup>86</sup>.

En los “delitos de organización” el deber de evitar es una concreción del deber general de no dañar, de no lesionar los derechos de terceros, “principio de no daño” o deber de no lesionar los derechos de terceros. En los “delitos de infracción de deber”, en cambio, el deber de evitar el riesgo de producción del resultado típico tiene fundamento en una institución positiva<sup>87</sup>-relación paterno-filial (y sustitutivas); confianza especial (incluyendo matrimonio no meramente formal) y deberes genuinamente estatales-.

Atendiendo a los fundamentos de responsabilidad en virtud de una competencia institucional explicados por Jakobs, entiendo que se da mayor precisión a la posición de garante, de todas maneras no desconozco que la cuestión presenta sus ambigüedades.

---

<sup>86</sup> Así afirma que: “En estos delitos no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien en general o bien contra determinados peligros, solidariamente” (JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 1997 [1983] p. 258).

<sup>87</sup> CORDOBA, “Delitos de Infracción de Deber”, *En Letra, Derecho Penal*, 2015. p. 106.



Considero acertado por tanto, acoger la teoría del criterio expuesto por Silva Sánchez, quien considera que la responsabilidad no podrá derivarse de la posesión formal de esta posición jurídica de manera genérica, sino que será preciso demarcar, concretamente, la situación de garantía en cada caso en particular.

La delimitación de esa posición, como se ha señalado, “tiene lugar por el concreto compromiso asumido por el sujeto de actuar a modo de barrera de contención tomando el riesgo en sus manos, el cual, si bien no debe ser expreso, sí debe resultar inequívoco”.

Por tanto, para Silva Sánchez, la identidad estructural de la comisión activa con la comisión por omisión “se obtendría en el plano normativo, con la vulneración del compromiso material inequívocamente asumido por el sujeto, de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos, que amenazan a una esfera jurídica ajena”.

Como puede observarse, Silva Sánchez, procura encontrar un criterio restrictivo que permita limitar la comisión por omisión a los supuestos en los que el autor verdaderamente domine o controle el riesgo o peligro existente para el bien jurídico.

Sólo en los casos en que el omitente tenga un control del proceso lesivo de tal intensidad que pueda ser equiparado al que se obtiene por vía de acción, podrá establecerse el desvalor de injusto típico necesario para subsumir la omisión en el tipo penal de la parte especial de que se trate.

Por lo tanto, 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 sentido mucho más adscriptivo que descriptivo de procesos causales, es decir, adquieren sobre todo un significado de atribución de responsabilidad, y no de descripción de causalidad. 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.

Así entonces, la restricción de los supuestos de comisión por omisión a los casos en que el garante domina la relación de riesgo de modo que el control sobre el proceso causal es idéntico en el plano normativo a la comisión, hace que tales inactividades sean subsumibles lisa y llanamente en los tipos penales de la parte especial, sin afectaciones al principio de legalidad, porque justamente son estructuralmente idénticas a la comisión.

Desde esta perspectiva no sería nunca necesaria una cláusula de equiparación como la prevista en los arts. 11 y 13 de los Códigos Penales español y alemán, respectivamente, porque la omisión está comprendida en lo injusto típico del precepto descriptivo activo de la parte especial.

A su vez, para que pueda tener lugar la imputación jurídico penal, es importante analizar si el comportamiento (activo u omisivo) y, por consiguiente el resultado, le fue evitable al autor concreto. A esa exigencia subyace el principio de evitabilidad individual: las normas sólo exigen a su destinatario la evitación de comportamientos evitables, a nadie se le puede exigir más allá de sus capacidades. Por ello, un comportamiento que al autor no le era posible evitar no podría ser nunca la conducta típica.

Propongo entonces, desde un plano normativo, no detenernos en las diferencias ontológicas que existen entre acción y omisión, sino entender que ambas categorías son modos de control del riesgo. En un caso, mediante la creación activa del riesgo productor del resultado. En el otro, por asumir el compromiso de contención del riesgo que luego vulnerado permite que este, desbordado, siga su curso y se realice en el resultado.

Una interpretación de la omisión impropia así restringida, es la que permite su aplicación al caso concreto, sin afectaciones al principio de legalidad, en tanto, como ya hemos demostrado más arriba, no excede el sentido literal posible del texto y se corresponde con la necesaria hermenéutica que de toda norma jurídica debe realizarse.



## **11. Bibliografía General**

Bacigalupo Enrique, Derecho penal. Parte general, 2.<sup>a</sup> ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

- Bacigalupo Enrique, Delitos impropios de omisión, Pannedille, 1970.
- Beling, Ernst, Die Lehre von Verbrechen, Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo, Librería El Foro, Buenos Aires, 2002 [1905].
- Cerezo Mir, José, Derecho Penal Parte General, Obras Completas, t. I, Ara Editores, 2006.
- Cerezo Mir, José, Derecho Penal, Parte General, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2008.
- Córdoba, Fernando J., “Delitos de infracción de deber”, En Letra: Derecho Penal, n° 1, 2015.
- Córdoba, Fernando J., “Dolo y evitabilidad individual”, pensar en derecho, n° 1, año 1, P 216, Eudeba, Buenos Aires, 2012.
- Córdoba, Fernando J., “Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito”, Revista para el Análisis del Derecho N°3 - 2021 - ISSN 1698-739X, InDret, Barcelona, 2015.
- Cuadrado Ruiz, María Ángeles, La comisión por omisión como problema dogmático, tomo L. ADPCP, 1997, p.413
- Frister, Helmut, Derecho penal. Parte General. Traducción de la 4ta. Edición alemana de Marcelo Sancinetti. Hammurabi. 4.ª ed., 1.ª reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2016 [2006].
- Gimbernat Ordeig, “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, en Estudios de Derecho Penal, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1900, p. 182.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, Concepto y método de la ciencia del derecho penal, ed, Tecnos, Madrid 1999.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, La omisión impropia en la dogmática penal alemana, tomo L, ADPCP enero-diciembre 1997.
- Jakobs, Gunther, Derecho Penal. Parte General, (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997 [1983].
- Jakobs, Gunther, La imputación penal de la acción y de la omisión, (traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles) Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá 1996.

Jakobs, Günther, "Teoría y praxis de la injerencia", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999.

Jescheck Hans Heinrich/Weigend, Thomas, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Quinta Edición, Comares, Granada, 2002.

Kaufmann Armin, Dogmática de los delitos de omisión ((traducción de la 2.ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo -Universidad de Extremadura-), Marcial Pons, Madrid, 2006 [1980],

Luzón Peña, Diego Manuel, Curso de Derecho Penal, Parte General I. Editorial Universitas S.A., Madrid, 1996.

Merkel, Adolf, Derecho penal. Parte general, (traducción de Pedro Dorado Montero). 2.ª ed., IB de F, 2013.

Mezger, Edmund, Derecho Penal. Parte General, Ed. Bibliográfica Argentina, traducción de la 6ta. edición alemana por Conrado A. Finzi., Buenos Aires, 1955.

Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte general, 9ª ed., BdeF, 2015.

Ragués I Valles, Ramón, In Dret, "De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico".

Ragués I Vallès, Ramón, Consideraciones sobre la prueba del dolo, REJ – Revista de Estudios de la Justicia – No 4 – Año 2004.

Reston, María Inés, Los delitos de infracción de deber ¿es admisible un doble criterio de determinación de autoría?, B de F Editorial, 2014.

Riggi, Esteban, "Interpretación de ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude a la ley", Atelier, Barcelona 2010.

Righi, Esteban, Derecho Penal, Parte General, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.

Righi, Esteban. Derecho Penal: parte general, 2.ª ed., AbeledoPerrot. 2018.

Righi, Esteban, "Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa de un delito", en Nueva Doctrina Penal, 2001- A- Editores del Puerto, Argentina, 2001.

Roxin, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Editorial Marcial Pons, 7.ª ed., Madrid, 2000.

Roxin Claus, Derecho Penal, Parte General, Traducción de la 1<sup>o</sup> edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, 1997.

Roxin, Claus, Autoría y Participación del hecho en el derecho penal trad. De Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 7<sup>a</sup> ed. Marcial Pons. Barcelona, 2000.

Rusconi, Maximiliano, A., Derecho Penal. Parte General, Ad-Hoc, 2007.

Sancinetti Marcelo A., Teoría del Delito y Disvalor de la Acción, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

Sancinetti Marcelo, Casos del Derecho Penal: parte general, 3<sup>a</sup> ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

Silva Sánchez, Jesús María, El delito de omisión concepto y sistema, 2.<sup>a</sup> ed., IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2019 [2003].

Silva Sánchez, Jesús María, El delito de omisión concepto y sistema, 1.<sup>a</sup> ed., IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

Silva Sánchez, Jesús María, en "Comentarios al Código Penal", obra colectiva dirigida por Manuel Cobo del Rosal, Edersa, Madrid, 1999.

Silva Sánchez, El nuevo código penal: Cinco cuestiones fundamentales, J.M. Bosch, 1997.

Soria, Juan Manuel, La omisión en el sistema penal, Editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009.

Urrea. Matías, "La omisión impropia no escrita en el derecho penal argentino. Problemática Inconstitucionalidad vs. Constitucionalidad", Revista Perspectiva de las Ciencias Económicas y Jurídicas, vol. 2, no. 1, Santa Rosa: FCEyJ.

Von Listz, Franz, Tratado de Derecho Penal, (traducción de la 2.<sup>a</sup> ed. realizada por Luis Jiménez de Asúa), t. II, 4.<sup>a</sup> ed., Reus, Madrid, 2007 [1914].

Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, (traducción de Bustos Ramírez y Yañez Pérez), 11.<sup>a</sup> ed. (4.<sup>a</sup> ed. en español), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.

Welzel Hans, El nuevo sistema del derecho penal. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

Zaffaroni, Eugenio/ Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, Manual de Derecho Penal: parte general, 2da. ed., Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003.

## **12. Jurisprudencia**

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL, sala III, causa n° 11.684, “Chabàn, Omar Emir y otros s/recuso de casación”, 20 de abril del 2011.

TOC N°24 DE CAPITAL FEDERAL, causa N°2157. “Chaban, Omar Emir y otros s/recurso de casación”, 19 de agosto de 2009.

CÁMARA FEDERAL CASACIÓN PENAL, sala I, c. 15.539, reg. 24.083. , “P.,F. y P.,A s/Recurso de casación”, 9 de septiembre de 2014.

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL, Sala III, en causa n° 16.579, “Córdoba, Marcos Antonio s/ recurso de casación”, del 3 de mayo del año 2013.

CSJN, R. 730. XLVI. “Rosas, Romina Mariela y otros s/p.ss.aa. homicidio calificado”, 20 de agosto de 2014, en disidencia Dr. Zaffaroni.

CSJN, A.1318 “Antognazza, María Alexandra”, del 11 de diciembre de 2007.

CSJN, 840/2013 (49-C)/CS1, “Recurso de hecho p. ss. Aa. Homicidio calificado -causa 71-”, del 23 de agosto de 2013.

JUZGADO FEDERAL N° 12, Sec. 24 Reg. 19.9701 causa n° 17.506, Deutsch, Gustavo Andrés s/ Apel. Auto de procesamiento”.

BGHST 7, 363, del 22 de abril de 1955.