

¿Homicidio por omisión?

Por Santiago M. Irisarri

1. Introducción.-

El delito de omisión, en tanto se castiga al sujeto que no ha modificado el mundo exterior, ha aquejado a los pensadores y doctrinarios del derecho penal, motivando disputas que han derivado en distintas teorías que han reinado o sucumbido con el paso de los tiempos. La conceptualización de la “omisión” acrecentó la inquietud de los juristas, quienes, desde fines del siglo XIX y en pleno auge del *causalismo naturalista*, se vieron envueltos en un sin número de criterios filosóficos-jurídicos que derivaron en una progresiva deformación de las ideas iniciales, alterando incluso los parámetros basamentales de la sistemática delictual.-

Imposibilitado, por obvias razones, de hacer alusión a la amplia biblioteca existente sobre el tema, intentaré detenerme en el artículo 79 del Código Penal en cuanto consagra el delito de homicidio, analizando su aplicación a conductas omisivas. En otras palabras ¿es posible de ser cometido el delito de homicidio por omisión?

2. Breve reseña de la evolución dogmática del delito de omisión.-

2.1. El causalismo naturalista: corrientes intransitivas y transitivas.[1]

Los primeros postulados de la “teoría del delito” importan una sistemática delictual basada en criterios *naturalistas*, donde el injusto penal significa la parte objetiva del delito correspondiente al mundo exterior. La acción era entendida como movimiento corporal voluntario que produce, en virtud a la causalidad, cambios en el entorno fáctico.-

El papel preponderante que se otorgó al concepto de acción propició, consecuentemente, un debate sobre cómo se debía definir su contra-cara: la omisión, y si ésta estaba o no incluida en la teoría del delito.-

La “voluntad” motivadora de la actividad corporal, propia de la definición *causalista*,

implica un acto psíquico que pone en movimiento los nervios motores, dando origen a la acción.-

Con tal criterio, Ernst von Beling define a la omisión como un mero “no hacer”, o sea, como una inactividad corporal voluntaria motivada por la contención de los nervios motores. El concepto era naturalístico pero no causal, y también era intransitivo (atento a que el verbo no va acompañado de un complemento directo y no requiere un objeto para su realización: omisión es simplemente “no hacer”).-

Se utiliza, con dicha mecánica, el término “comportamiento” que agrupa acción y omisión, siendo indiferente el contenido del concepto, pues el mismo será delegado al tipo penal. O sea, recién en el próximo estamento de la teoría del delito (en el tipo) es donde se determinará cuál es la conducta que “no se ha realizado”.-

La crítica al postulado es que se elabora un concepto que carece de toda relevancia jurídica (es decir, que al derecho penal nada le importa). El mero “no hacer” denota un amplísimo, por no decir infinito, catálogo de conductas omisivas, cuyo análisis generaría un dispendio de esfuerzos para luego (en el segundo estamento de la teoría) descartar sin más casi la totalidad de aquél catálogo. Observemos que el verbo hacer es un verbo transitivo, pasible de la pregunta: ¿qué hacer?

En forma similar, Jurgen Baumann considera que la omisión forma parte de un comportamiento humano regido por la voluntad, delegando el “algo” que debió haberse realizado, al tipo y a la antijuridicidad.[2]

Las corrientes transitivas, por el contrario, definen a la omisión como un “no hacer algo”, pues el verbo exige la presencia de un objeto directo para darle significado (el “algo” que conceptualiza el “no hacer”).-

Es importante a esta altura destacar lo ocurrido con Franz von Liszt, que tras la problemática causídica de su propia definición de “omisión”, entendida como “no hacer algo”, se vio obligado a cambiar su conceptualización inicial del término “acción”, dejando de lado la “producción de una modificación en el mundo exterior”, para dar paso a la “causación o *no evitación* de una modificación del mundo exterior mediante una conducta voluntaria”. De tal modo, en la primera definición se aludía a una alteración o transformación del entorno fáctico; mientras que en la segunda se agrega la *no evitación* de

dicha transformación al mundo exterior. [3]

Es paradójico, o así lo creo, que dentro de la misma vertiente *naturalista* existan tantas divergencias terminológicas y conceptuales.-

Otro punto escabroso gira en torno a la “posibilidad” de realizar la conducta omitida, surgiendo de esta potestad objetiva de actuación un requisito indispensable y esencial de la definición de “omisión”. No habrá omisión si el sujeto no ha podido actuar conforme ese “algo” que se le exige. Pero se genera un nuevo conflicto al tener que delimitar si dicha “posibilidad” es general (apelando a abstracciones) o individual (para el caso concreto).-

Aquellos pensadores que adhieren al primer postulado (“posibilidad general de actuación”) consideran que se debe resolver según un “baremo del hombre medio”. Ante lo cual vale preguntarse: ¿quién o qué es el “hombre medio”?

Por el contrario, los adeptos a la “posibilidad individual de actuación”, analizan las particularidades del caso en concreto para poder concluir si el sujeto ha tenido (efectivamente) la potestad de realizar la conducta que el ordenamiento jurídico le demanda. Si no pudo actuar, no hay omisión.-

Este último es el criterio más adecuado, pero necesariamente trae aparejada la discusión de si la “posibilidad de actuación” es parte integrante de la omisión (entendida como comportamiento) o es una cuestión a tratar en otro estamento de la sistemática delictual (en el tipo, en la antijuridicidad o en la culpabilidad). Por su parte Baumann, fiel a su posición negativa e intransitiva, considera que la “posibilidad” de actuación es una causal de justificación que será analizada en la antijuridicidad del delito.-

Otros, delegan la “potestad de actuación” a la culpabilidad, pues es allí donde el injusto se personaliza para la determinación punitiva. Incluso algunos, como v. Weight[4] distinguen (según la “posibilidad de actuación”) el término “omisión”, contraponiéndolo al mero “no hacer algo”, alegando que el primero reconoce una “posibilidad de actuar” que carece el segundo.-

Quizás fue Gustav Radbruch, en 1904, quien introdujo la “posibilidad de actuación” dentro del concepto de omisión, pero ello tampoco soslayó o superó la histórica discusión respecto a la existencia o no de un “supraconcepto” de acción, entendiéndose Radbruch que la

distinción entre acción y omisión imposibilita un concepto común: son contradictorios como lo son “a” y “no a”.-

Consecuentemente negaba la posibilidad de integrar la conducta activa y la pasiva dentro de un concepto superior y común de comportamiento, pues la acción está integrada por la “voluntad”, por un “hecho” y por una “relación de causalidad” (entre ellos), y la omisión, en cambio, carece del “hecho”, puede carecer de la “voluntad”, y entonces no existe “relación de causalidad”. [5]

Volviendo a la definición de la omisión, y ya con el advenimiento del normativismo, principalmente con las enseñanzas de Mezger, toma trascendencia la teoría de la *acción esperada*: la diferencia entre comisión y omisión no estriba en cuestiones de hechos, sino de valores. La omisión, por aplicación de un método intelectual hipotético, fue entendida como causante del resultado, siempre y cuando la conducta esperada lo hubiera evitado. [6]

2.2. El finalismo ontológico y sus distintas vertientes.-

El nacimiento de la dogmática finalista surge en la década del treinta con las enseñanzas del maestro Hans Welzel, que amparándose en consideraciones ontológicas y basando sus postulados en estructuras lógico-objetivas, motivó un cambio abrupto en la sistemática delictual imperante hasta dicho entonces.-

Su teoría parte de considerar a la acción humana como ejercicio de la “actividad final” (no solamente “causal”) que se desarrolla en dos etapas: la primera dentro de la esfera del pensamiento, donde el sujeto se propone el fin, selecciona los medios y realiza una consideración de los medios concomitantes; y la segunda que se lleva a cabo en el mundo real donde el autor materializa (o efectiviza) la primera.-

El “ontologismo” –denominación íntimamente ligada al finalismo de Welzel- posibilita definir a la acción por sí misma, precediendo y poniendo límites a la labor legislativa, para la elaboración de un ordenamiento jurídico dotado de validez.-

Clarificando, estas estructuras posibilitan construir la teoría del delito sobre la naturaleza de las cosas, asumiendo que la acción vincula al legislador, pues las normas jurídicas no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino conductas voluntarias dirigidas

por un fin. La previsión de la causalidad, producto de conocimientos nomológicos en base a la experiencia, es lo que le permite al ser humano dirigir su actividad conforme a metas determinadas: solo la acción humana es “vidente”, a diferencia de los restantes procesos naturales que actúan “ciegamente”. [7]

Respecto a la “omisión”, entiende que es una sub-clase del concepto integrador de “comportamiento” (junto a la acción). Acción y omisión se comportan como “A” y “no A”, reflejando que toda conducta omisiva (“no A”) requiere necesariamente una acción (“A”). No existe una omisión por si sola.-

Probablemente fue Armin Kaufmann, discípulo de Welzel, quien aportó los mayores avances a la teoría del delito omisivo. Su obra, caracterizada por la inversión de los principios interpretativos de los delitos de comisión, modificó palmariamente los conceptos que acogían validez en dicho entonces. La omisión significó una tercera categoría delictual, junto a la teoría de los delitos de comisión y los delitos imprudentes, pero siempre creyendo en la conducta omisiva como “no final” ya que carece de la potestad de controlar el mundo causídico, y por ello “no dolosa”; por el contrario, consagró una “finalidad potencial”, una “causalidad potencial” y, consecuentemente, un “cuasi-dolo” para este tipo de delitos. [8]

Tales consideraciones se fundamentan en que la actividad final consiste en la capacidad del hombre para prever las consecuencias de su intervención causal, y teniendo presente que la omisión por sí sola no causa ningún resultado, no habrá finalidad, sino finalidad en sentido potencial, debido a que no hay siquiera causalidad, pues la misma siempre es potencial. Con ello, indefectiblemente, surge una nueva categoría de la faz subjetiva del delito denominada por el autor “cuasi-dolo”.-

Respecto a la “posibilidad” de actuación, el autor alemán la analiza en base a la “capacidad de acción”, concepto mucho más amplio respecto a aquel que la doctrina venía utilizando. Ésta va más allá de la mera capacidad física de realizar una acción determinada, pues se complementa con los aspectos cognoscitivos: solo desde el momento en que el sujeto conoce la situación típica o el objeto percibido –por ejemplo, observar al hombre que se está ahogando- puede poner en marcha la dirección final de actuación; pero además será necesario la cognoscibilidad de la vía de realización, pues la elección de los medios forma parte de la acción final.-

También distingue la “omisión de tentativa” de la “tentativa fracasada o fallida”. En la primera, el sujeto omite realizar la acción salvadora pese a tener capacidad de actuación; en la segunda, se intenta realizar la conducta salvadora pero por una incorrecta elección de los medios de actuación, el sujeto no logra cumplimentar el resultado. Solamente la omisión de tentativa será castigada, pues el omitente se desentiende completamente de la situación típica, manifestando un completo desinterés.-

A su vez, diferencia la “omisión consciente” de la “omisión inconsciente”: será “consciente” cuando el individuo toma conocimiento de la situación típica y de las vías de actuación, pero prefiere no intervenir; en la inconsciente existe noción de la situación típica pero no la potestad de intervenir, y ante dicha cuestión, omite buscar los medios de intervención tendientes a cumplimentar la exigencia legal de actuación. La distinción se fundamenta en la diligencia prestada por el sujeto ante el conocimiento de la situación típica.-

Me adelanto a manifestar, según mi parecer, que el error de la postura de Kaufmann se encuentra en negar a la omisión su finalidad, ya que toda conducta es final (con independencia de que se produzca causación de resultados).-

Llevando la postura finalista al extremo, Dierthart Zielinski –discípulo de Kaufmann- descarta los elementos objetivos integrantes de la situación típica, amparándose en la faz subjetiva del agente según la finalidad que ha tenido al momento de omitir. Es indiferente si esta finalidad guarda correlación con el mundo objetivo, pues lo que el derecho castiga es la conducta desviada. El problema de esta postura es que amplía notoriamente el delito de omisión y consecuentemente el poder punitivo.-

A modo de conclusión, se puede sostener que el finalismo, y sus vertientes, se adentraron en el estudio de la omisión incorporando la “capacidad de acción”, abarcativo no solamente de la posibilidad material de actuación –como mencionaba la doctrina hasta entonces- sino también de la faz cognoscitiva de dicha posibilidad (junto al conocimiento de las vías de conducta).-

2.3. Teorías funcionalistas y eclécticas.-

Las viejas discusiones entre causalistas y finalistas pasan a segundo plano con el surgimiento de las corrientes funcionalistas.-

Fue Roxin principalmente quien, a partir de la década del 70, comenzó el andamiaje hacia una nueva conceptualización de la teoría del delito según su funcionalidad a consideraciones de política criminal, donde la pena deviene de criterios de culpabilidad –en sentido opuesto a la “culpabilidad” retributiva de Kant-, que posibilitan a los organismos jurisdiccionales a no castigar a aquellas personas que, según pautas de prevención especial, no fuera necesario.-

El catedrático de Munich considera a la acción como una “manifestación de la personalidad” inclusiva del concepto de omisión que surge a partir de una expectativa de acción[9].-

Desde otra óptica, y según una teoría del delito puesta a disposición de la “prevención general positiva” tendiente restablecer el derecho vulnerado, Gûnter Jakobs se refiere a la “evitabilidad” de la acción, no determinada por los aspectos externos sino por su relación de sentido con la norma. Entiende que la acción y la omisión son formas de “conducta” motivadas por la evitabilidad del resultado[10].-

Finalmente, y en forma harto breve, señalaremos que el profesor Hans-Heinrich Jescheck, asumiendo una postura ecléctica, refiere que la acción es “comportamiento socialmente relevante”, entendiendo a éste como toda respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o, al menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de la que dispone gracias a su libertad.[11] La omisión requiere de la “capacidad de acción” para desplegar el comportamiento, tomando como base la capacidad general de acción en el caso concreto[12].-

3.Las omisiones propias e impropias.-

Variados han sido los postulados clasificatorios de las omisiones:

Mayoritariamente se ha considerado que las “omisiones impropias” corresponden a los delitos activos, violatorios de normas prohibitivas, donde la omisión es un medio para cometerlos, llamándolos delitos de “comisión por omisión” (por ejemplo en el caso del artículo 79 del Código Penal argentino que castiga al que “matere a otro”); las segundas, las

omisiones propias, en cambio, son aquéllas que se dan cuando el legislador obliga a realizar una conducta determinada –por ejemplo el artículo 108 del Código Penal argentino que impone pena al que “omitiere prestar el auxilio necesario”.-

También se ha sostenido que la distinción está dada por la existencia de una tipificación legal expresa (propias) o no (impropias); o según la equivalencia con delitos de mera actividad o delitos de resultado; o según se requiera la posición de garante en el sujeto (impropias), o no (propias, donde cualquier individuo es sujeto activo por su condición de habitante).-

No vale aquí abordar consideraciones dogmáticas respecto a las posturas clasificatorias, como tampoco ahondar en las fuentes obligacionales que tantos debates han generado en la dogmática penal.-

4.Legislación comparada.-

El tratamiento de las legislaciones sobre los delitos omisivos podría distinguirse en dos grandes grupos: aquellas que poseen una “cláusula de equivalencia” mediante la cual es la propia normativa penal (el código de fondo) la que consagra la posibilidad de aplicar los tipos positivos a conductas omisivas; y aquellas donde dicha cláusula no está contemplada, y por lo tanto la doctrina y la jurisprudencia deben utilizar criterios dogmáticos valorativos-imputativos a fin de utilizar tipos positivos ante conductas omisivas.-

En Alemania, país rector de nuestra dogmática, se consagra mediante el artículo 13 del Código Penal que:

“Comisión por omisión:

(1) Quien omite evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción.-

(2) La pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso 1 –causas legales especiales de atenuación”

Se observa una “cláusula de equivalencia” entre delitos comisivos y omisivos, pero reconociendo una atenuante de la pena para los últimos. Así, no será lo mismo causar la muerte de otro mediante una conducta activa (mediante un disparo), que hacerlo omisivamente (no amamantando a un hijo), en tanto a la primera se la castigará más severamente. En el fondo, la distinción punitiva es el corolario de consideraciones de política criminal.-

Por su parte, el Código Penal español, refiere en su artículo 11:

“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”.-

Sin entrar en la discusión concerniente a la fuente de la “obligación legal de actuación” es importante resaltar la asimilación que la legislación española realiza entre comisión y omisión. La “cláusula de equivalencia” está delimitada, en forma similar a la alemana, a los “delitos que consistan en la producción de un resultado”, cuestión razonable.-

Semejantes a los anteriores sistemas comparados podemos citar el Código Penal de Austria –artículo 2-, el de la República de Costa Rica –artículo 18-, el de Brasil –artículo 13 inc. 12-, el de Portugal –artículo 10-, el de Bolivia –artículo 13 bis según ley 1768-, el de Guatemala –artículo 18-, el de Uruguay –artículo 3-, entre otros.-

Pero incluso en aquellos sistemas legales donde no se consagra expresamente la existencia de delitos de “comisión por omisión” o la “cláusula de equivalencia”, sí se determina (y esto es importante) que los delitos pueden ser cometidos tanto por acciones como por omisiones (Código Penal de Chile, de Cuba –según criterios de peligrosidad-, de Italia, de Honduras, de Venezuela, y otros).-

5. Derecho penal argentino: ¿homicidio por omisión? Problemáticas.-

El Código Penal argentino no nombra, a diferencia de la mayoría de las legislaciones comparadas, la palabra “omisión” en su parte general.-

Su expresa mención nace de las figuras delictivas de la “Parte Especial”, donde se reconoce a la “omisión” como el medio por el cual se cometen algunos tipos penales particulares (así el artículo 108 del Código Penal, entre otros)-.-

El problema nace en torno a la aplicación de los delitos activos, como el delito de homicidio preestablecido por el artículo 79 del Código Penal, a conductas desarrolladas de forma omisiva.-

El caso “de manual” es el de la madre que deja de amamantar a su hijo y éste muere. La doctrina en forma absolutamente mayoritaria, mediante aplicación de criterios imputativos en base a valoraciones fácticas y jurídicas, entiende que el caso debe resolverse según lo normado por el artículo 80 inc. 1 del Código Penal (homicidio agravado por el vínculo), pues la mujer “causa” la muerte de su hijo.-

Personalmente no considero que dicha postura sea la correcta:

Al referir el artículo 79 C .P. que “*se aplicará reclusión o prisión... al que matare a otro...*”, se observa una exigencia de relación de causalidad entre dicha conducta (la omisión) y el resultado lesivo (la muerte).-

Este nexo causídico entre la omisión, que de por sí implica un “no hacer” (o “no hacer algo”), y el resultado en concreto (lesivo para el bien jurídico), es un tema sumamente inquietante y de difícil solución.-

Según von Liszt la causalidad entre omisión y resultado no es real, sino que surge de la equiparación que el propio sistema jurídico realiza ante determinadas situaciones.[13]

También se ha intentado explicar la causalidad de la omisión utilizando la “teoría de la equivalencia”, pero de forma inversa a la de los delitos comisivos. Es decir, si en éstos la *supresión mental hipotética*, al eliminar mentalmente la acción, determina cuando el suceso no se producirá; en los delitos de omisión, por el contrario, se debe suponer la realización de la conducta no realizada por el agente para poder determinar si (con dicha acción ficticia y no realizada) el resultado lesivo se hubiera evitado.-

Merkel, por su parte, consideró que el nexo causal debía buscarse en la conducta precedente

que fundamenta la posición de garante, pero lo cierto es que así, tácitamente se reconoce que la omisión (en sí misma) no es causal del resultado. Otros, niegan la relación de causalidad pues consideran que la omisión no es final, sino potencial al igual que la causación.-

Como anticipé, la postura mayoritaria utiliza criterios valorativos-imputativos (generalmente enrolados en corrientes funcionalistas según la “teoría de la imputación objetiva”) para explicar el vínculo causal entre la omisión y el resultado típico.-

Ahora bien, ¿este nexo creado por la doctrina, es susceptible de ser aplicado al delito de homicidio de nuestro Código Penal?

Previo debo hacer algunas aclaraciones personales: entiendo que la omisión está guiada por una finalidad, pues entender lo contrario violentaría los datos ontológicos existentes en la realidad: el hombre no es un robot que despliega su actividad “por que sí”, sino que se comporta conforme a metas (incluso cuando decide no actuar). Utilizando la frase del maestro Welzel (respecto a la causalidad), digo que la omisión no es ciega sino vidente.-

Pero también es necesario comprender que la omisión jurídicamente relevante deviene de una conceptualización normativa, ya que es el tipo penal quien dota de importancia a tal *no hacer*. No existe omisión (relevante penalmente) sin mandato legal que nos obligue a actuar.-

Respecto a la relación de causalidad descarto de antemano todas aquellas posturas que utilizan la “supresión mental hipotética”, como también aquellas teorías que se fundamentan en conductas del autor precedentes a la omisión. Por sí misma la omisión no produce ningún resultado, esto es innegable.-

También es cierto que el inmodificado artículo 79 del Código Penal al expresar que se castigará “*al que matare a otro*”, no hace alusión a una cuestión físico-causal naturalista, pues se pueden aplicar criterios valorativos para determinar cuando una persona “mata” a otra.-

Coincido con los autores que aplican criterios valorativos-imputativos basándose en la relación de garante existente entre una persona determinada (que está conminada jurídicamente a actuar) y un resultado, independientemente de la postura adoptada respecto

al nacimiento de tal fuente obligacional.-

Pero ¿es este postulado dogmático -teñido con tintes de política criminal- válido, y consecuentemente aplicable a nuestro sistema jurídico? Es decir, ¿es este criterio que nos parece “justo” y adecuado, aplicable a nuestro derecho positivo?

Me inclino por la negación y considero que adoptar una postura punitiva fundamentada en la relación de garante denota una confusión entre moral y derecho, pues nada de esto ha dicho el legislador.-

La dogmática penal no puede ser utilizada por el intérprete a su libre arbitrio para validar teorías, por más justas que sean, olvidadas por el legislador. Las incongruencias, o lagunas legales, no pueden ser suplidas por criterios teóricos, ya que toda valoración (o interpretación) se encuentra limitada por la propia ley.-

Las doctrinas dogmáticas extranjeras no pueden ser aplicadas, sin más, a nuestro sistema jurídico, pues lo estaríamos violentando y desoyendo. Estas teorías (interpretativas) nacen de las consideraciones que los doctrinarios hacen de su propio sistema legal, imposibilitando (desde ya) su traslado a sistemas jurídicos disímiles (excepto que se las quiera utilizar como postulados filosóficos o de *lege ferenda* para modificar el derecho legalmente reconocido).-

Por ello, no se debe (ni puede) aplicar criterios imputativos que se fundamentan en la “relación de garante” para validar la comisión de un “homicidio omisivo” u “homicidio por omisión”, pues entender lo contrario llevaría a una palmaria violación del principio de legalidad. Así, volviendo al ejemplo de la madre, la conducta resulta atípica.-

No comparto la opinión de aquellos que entienden que nuestro sistema legal subsana dicha “laguna” legal mediante la aplicatoriedad del segundo párrafo del artículo 106 del Código Penal (delito de abandono de persona), pues tal figura delictiva consagra una conducta dolosa respecto al abandono y culposa en el resultado. Obsérvese que el delito de homicidio requiere un dolo de muerte que es determinante al momento de encuadrar la conducta típica. La culpa, en estos casos respecto al resultado mortal, no debe ser entendida como residual ante la falta de dolo. O sea, la existencia del dolo mortal excluye desde el vamos la aplicación del artículo 106 del Código.-

La ley es lo que es y la dogmática debe de interpretarla.-

De *lege ferenda* será menester incorporar una *cláusula de equiparación* en la “Parte General” del Código Penal a fin de evitar la confusión entre moral y Derecho.-

BIBLIOGRAFÍA.-

- Bacigalupo, Enrique, *Los delitos de homicidio*, Bogotá, Temis, 1999.-
- Baumann, Z. *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma. 1973
- Beling, E. v., *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo*, con análisis de Carlos M. de Elía. Buenos Aires, Librería Colección clásicos del derecho “el foro”, 2002
- Breglia Arias, O., *Homicidio simple*, Editorial Astrea, 2008.-
- Buompadre, J.E., *Derecho Penal parte especial*, editorial MAVE, 2000.-
- Carrara, F. *Programa de Derecho Criminal*, Traducción de José Ortega Torres.-
- Creus, Carlos, *Derecho Penal parte general*, 5ta edición, Astrea, 2004.-
- D’Alessio, Andres J., *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, 2da edición actualizada y actuada, La Ley , 2009.-
- Donna, Edgardo A., *La imputación objetiva, Ensayos de derecho*, Editorial de Belgrano,1997
- Frias Caballero J., Codino Diego y Rodrigo, *Teoría del Delito*, Hammurabi, 1993.-
- Jakobs G., *La imputación objetiva en derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Melía, Ad Hoc, 1996.-
- Jakobs G. *Estudios de dereco Penal*. Ediciones UAM editorial CIVITAS, 1997.-
- Jescheck., H., *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada, Editorial Comares, 1993.-
- Kaufmann, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, Traducción de la segunda edición alemana -Gotinga, 1980- por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Ediciones jurídicas y sociales S.A. Marcial Pons. 2006.-
- Liszt, F, *Tratado de Derecho Penal*, segunda edición, traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa. Madrid, Editorial Reus, 1927
- Maurach, R, Gossel K. y Zipf. *Derecho Penal, parte general. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Traducción de la 7ma edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995
- Mezger, E. *Derecho Penal. Parte general. Libro de estudio*, Traducción de la 6ta edición alemana de 1955 por el Dr. Conrado a Finzi, Editorial DIN
- Mir Puig, S., *Derecho Penal, parte general*. 4ta edición corregida y puesta al día con

arreglo al Código penal de 1995, Editorial Barcelona, 1996

-Muñoz Conde Francisco, *Teoría General del delito*, TEMIS, 1984.-

-Nuñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Omeba, 1961.-

-Nuñez Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Segunda reimpression. Editorial Cordoba Marcos Lerner.1987.-

-Peco, José, *El homicidio en el Código Penal argentino*, Revista Jurídica y Ciencias Sociales, 1936.-

-Roxin, C. , *Derecho Penal. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Traducción de la 2da edición alemana notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, 1997, tomo I.-

-Roxin, C., *Dogmática penal y política criminal*. Traducido por Manuel A. Abanto Vásquez, Editorial IDEMSA, 1998

-Sancinetti, Marcelo A. *Subjetivismo e imputación objetiva*, Ad Hoc, 1998

-Silva Sanchez., J. M., *El delito de omisión, concepto sistema*, segunda edición actualizada, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2010

-Soler, Sebastian *Derecho penal argentino*, TEA 1973

-Welzel, H., *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires, Editorial Depalma-Astrea

-Welzel. *Derecho Penal Aleman. Parte general*, Traducida por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 12va edición, 3ra edición castellana, Editorial jurídica de Chile

-Zaffaroni, E. R., Alagia A. y Slokar A., *Manual de Derecho Penal, parte general*, segunda edición, octava reimpression actualizada a diciembre de 2006, Editorial Ediar.-

[1] Según clasificación de Silva Sánchez en “El delito de omisión. Concepto y sistema”.

[2] Baumann, Z. “*Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*”, Buenos Aires, Ediciones Depalma. 1973, pg 138: “*Quien intenta descubrir otros puntos de contacto entre acción y omisión y utilizarlos para el concepto de acción, no sólo pierde el concepto general común, sino que también arriesga abordar prematuramente problemas de tipicidad y antijuridicidad. Esto sucede sobre todo si se considera que un punto común de referencia entre acción y omisión consiste en hacer y omitir “algo” (Mezger y la doctrina dominante). A la omisión esperada en la acción positiva corresponde, por cierto, la acción positiva esperada en la omisión: del homicida, espero que se abstenga del hachazo y de la madre que alimente a su hijo. Pero estas consideraciones no van más lejos. Como sucede en la acción positiva, también en la omisión, al preguntarse qué se espera del autor, se pone sobre el tapete la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta. En uno y otro caso, la totalidad de las normas jurídicas dice cuál es la conducta que el orden jurídico “espera” del autor. Así como la acción positiva espera una omisión, del mismo modo la omisión no existe únicamente cuando la norma jurídica exige una acción positiva*”.

[3] Liszt, F, *Tratado de Derecho Penal*, segunda edición, traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa. Madrid, Editorial Reus, 1927, tomo segundo, Pg. 303:

“ El concepto de 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”.

[4] Según Silva Sanchez., J. M., *El delito de omisión, conceptosistema*, segunda edición actualizada, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2010.

[5] Radbruch según cita de Gimbernat Ordeig en “Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento” ADPCP, T. XL, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1987, pp. 573-608.

[6] Mezger, E. *Derecho Penal. Parte general. Libro de estudio*, Traducción de la 6ta edición alemana de 1955 por el Dr. Conrado a Finzi, Editorial DIN. Pg. 103: *“Una cosa es, ante todo, digna de tomarse en cuenta en el campo el derecho penal en estas dos formas de acción en sentido amplio: el que realiza una actividad positiva (hecho de comisión), hace siempre “algo”. Pero también el que en el sentido del derecho penal omite algo (hecho de omisión), no es que no haga “nada”, sino que “no hace algo”. No se habría producido tantas discusiones inútiles a propósito de la omisión del delito de omisión, si se hubiera tomado suficientemente en cuenta el principio de referencia, vale decir, si se hubiera aclarado que detrás de todo hecho jurídico- penal de omisión se halla una “acción esperada” (en sentido estricto) , que es decisiva”.*

[7] Welzel, H., *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires, Editorial Depalma-Astrea. Pg 19: *“La finalidad o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es vidente, la causalidad es ciega”.*

[8] Kaufmann, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, Traducción de la segunda edición alemana -Gotinga, 1980- por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Ediciones jurídicas y sociales S.A. Marcial Pons. 2006. Pg 84: *“la dirección final efectiva no es esencial para la omisión y ni siquiera es posible en ella....a la omisión le falta la causalidad humana, que el capaz de acción no es causal de su actuar. Y es que donde falta el nexo causal tampoco puede haber dirección final. La estructura final se basa en la causalidad; aquella categoría ontológica no es concebible sin ésta. El modo de operar la voluntad final de realización consiste precisamente en manejar, dominar, impulsar y dirigir los factores causales”.*

[9] Roxin, C. , *Derecho Penal. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Traducción de la 2da edición alemananotas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, 1997, tomo I, pg. 256: *“Si embargo, también es cierto que el concepto de “manifestación de la personalidad” no es completamente neutral en todos los casos frente al elemento valorativo que supone el tipo, pues en el ámbito de la omisión dicho concepto tampoco puede prescindir sin excepciones*

de la valoración jurídica. En efecto, una omisión sólo llega a ser una manifestación de la personalidad a través de una expectativa de acción...las expectativas, que son las que hacen que una “nada” meramente existente como posibilidad conceptual se convierta en una manifestación de la personalidad, están socialmente fundadas y por tanto son separables de la esfera de la valoración jurídica(o sea, del tipo)...pero hay casos, sobre todo en el Derecho penal accesorio, en los que una expectativa de acción sólo y únicamente se fundamenta mediante un precepto jurídico... para el concepto de acción aquí defendido también resulta que en parte de las omisiones, no son separables acción y tipo, de tal modo que la comprobación de la acción ha de adentrarse en el tipo...En las acciones comisivas no hace falta recurrir ni a la categoría de lo social ni a la de lo jurídico para comprobar si concurre o no una manifestación de la personalidad; y en la mayoría de las omisiones ello se desprende ya de la inclusión de la esfera social, pero en otras es preciso incluso el mandato jurídico como condición necesaria para la posibilidad de una manifestación de la personalidad...”

[10] Jakobs, Günter, *“Derecho Penal. Parte General fundamentos y teoría de la imputación”*, Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, editorial Marcial Pons, ediciones Jurídicas S.A. Madrid, 1995, pg.176: *“A partir del concepto, aquí empleado, de acción como causación evitable del resultado y del concepto de omisión correlativo como no evitación evitable de un resultado, se puede formar un supraconcepto de comportamiento que en la respectiva diferencia de resultado, evitable, abaque la comunidad entre actuar y omisión...Conducta es la evitabilidad de una diferencia de resultado”*.

[11] Jescheck, Hans-Heinrich, *“Tratado de Derecho Penal. Parte General”*, traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch casa editorial SA, 1981.

[12] Jescheck, Hans-Heinrich *“Tratado de Derecho Penal, Parte General”*, Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, editorial Comares-Granada, 1993 pg 201: *“un comportamiento es, en resumen, socialmente relevante, si atañe a la relación del individuo con el mundo que le rodea y le afecta por sus consecuencias. Para ello se requiere que el comportamiento se haya proyectado hacia el exterior, siendo suficiente, en caso de omisión, la ausencia de los efectos que hubiera tenido el hacer esperado y dirigible (v.g. la ausencia de la posible prestación de auxilio en un accidente)...Se excluyen...aquellas formas de comportamiento que carecen de importancia para una consideración jurídicopenal”*.

[13] Liszt, F, *Tratado de Derecho Penal*, segunda edición, traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa. Madrid, Editorial Reus, 1927, tomo segundo, pg. 303: *“bajo ciertas condiciones el orden jurídico, del mismo modo que la vida misma, equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo”* y continúa *“solamente hablamos de una omisión en la vida ordinaria, cuando teníamos fundamento para esperar un acto posible de parte de una persona. Aplicando esto al orden jurídico significa, pues, que sólo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo. Sólo de la omisión contraria al derecho se siguen las circunstancias jurídicas de la acción”*.

Citar: elDial DC2154

Publicado el: 11/07/2016

copyright © 1997 - 2016 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina