



VNiVERSIDAD
D SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

Trabajo de Fin de Curso presentado para la obtención del título de Curso Universitario de Especialización en Derecho de Teoría Jurídica del Delito por la Universidad de Salamanca

Delitos de omisión impropia: “Análisis comparado entre legislación de España y Argentina”

Autora: Gabriela Vanesa Stefani

Tutor: D^a Ana Pérez Cepeda

Salamanca, Marzo 2018

Resumen

En el presente trabajo se analiza la figura penal de la omisión impropia, abordando la discusión doctrinaria, respecto al planteamiento de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la incorporación al Código Penal de una clausula general de omisión impropia. Clausula General que plantearía problemas para adecuarse a los sub principios de legalidad: *lex scripta* y *lex stricta*. Sobre esta problemática, realizare el análisis comparado de los Códigos Penales español y argentino, respectivamente.

Por otra parte realizare un breve estudio de los elementos que deben estar presentes para que se configure la omisión impropia, tales como en su aspecto objetivo: Situación típica, No realización de la acción debida, la posibilidad material o física de evitar el resultado, la producción del resultado y el nexo de evitación; y su aspecto subjetivo, caracterizando los elementos que deben reunir. Con ello intentare llegar a una aproximación del tipo penal de omisión impropia.



Índice

Resumen.....	2
1. Introducción.....	4
1.1. Planteamiento del problema	4
2. Análisis comparado del problema de constitucionalidad de los delitos de omisión impropia en el código penal Argentino y el código penal Español.....	4
2.1. Situación en el Código Penal argentino.....	4
2.2. Situación del Código penal Español.....	8
2.3. La comisión por omisión adoptada por el artículo 11 del código penal español merece un abordaje mixto: mezcla la lógica de la infracción de un deber cualificado y la lógica de la equivalencia con la comisión activa.	12
3. Estructura típica de los delitos de omisión impropia.....	14
3.1. Situación típica obligante	15
3.2. No realización de la acción mandada	15
3.3. Posibilidad física de llevar a cabo la conducta ordenada	15
3.4. La producción del resultado	15
3.5. Nexos de evitación	16
3.6. Posición de garante.....	17
4. Tipicidad subjetiva de los delitos dolosos de omisión.	17
5. Conclusiones	18
6. Bibliografía	20



1. Introducción

1.1. Planteamiento del problema

En los delitos de omisión el derecho penal se limita a mandar de modo imperativo a realizar una determinada conducta en la que su no realización, el abstenerse a realizarla o realizar otro comportamiento queda totalmente prohibido, en virtud de ser lo que se quiere evitar en los delitos de omisión, en consecuencia, si el autor no realiza la acción mandada estaría infringiendo el tipo penal de omisión.

Según Jakobs este tipo de regulación a través de deberes positivos es la excepción a la regla, de que en derecho penal los deberes son regulados de forma negativa; porque en los delitos omisivos cabe tenerse en cuenta en primer lugar las circunstancias especiales que rodean la situación, como así también se requiere en el autor una posición especial frente al bien jurídico, esto es la posición de garante: por ley, por contrato o por injerencia.

Ahora bien, adentrándonos al tema que nos convoca en el presente trabajo, más precisamente la omisión impropia, cabe destacar que el Código Penal Argentino guarda silencio respecto a ello, ya que no posee clausula general que regule estos modos de obrar. Pese a ello existe consenso en la doctrina sobre que esa modalidad de actuación debe estar equiparada a una comisión (delitos de omisión impropia o no escritos), en los casos en que exista el deber de impedir que se produzca un resultado dañoso para el bien jurídico del que se es garante, por el estrecho vínculo que existe entre el sujeto y el bien jurídico protegido. Un ejemplo es el caso de la madre que deja de amamantar al niño, que luego fallece de inanición. La norma prohíbe matar a otro, no dejar morir a otro. El delito de omisión en su forma de omisión impropia, al no estar escrito ha sido puesto en cuestión por su virtual incompatibilidad con el principio de legalidad en su manifestación de *lex scripta*, que manda que tipos penales deben estar consagrados en forma escrita en el cuerpo del Código Penal, ósea en la Ley. (Gonzalez R. L., Derecho Penal Parte general, 2018)

2. Análisis comparado del problema de constitucionalidad de los delitos de omisión impropia en el código penal Argentino y el código penal Español.

2.1. Situación en el Código Penal argentino

Comenzaremos el análisis de la situación actual del Estado argentino para luego continuar con el Estado español, a fin de comparar las principales cuestiones que se plantean en ambos.

En primer lugar debe quedar sentado que el Código Penal Argentino no adopto una clausula general de equiparación como si la tienen las legislaciones mas avanzadas, como es el caso de Alemania y España, lo que permite equiparar el delito de comisión de resultado, a su equivalente con el delito de omisión impropia.

La necesidad de introducir una clausula de equiparación, responde a que parte de la doctrina consideraba que, con la dicha clausula, se podría equiparar los delitos de comisión activa con los delitos de comisión por omisión, esto es, la omisión impropia. Toda vez que en los códigos penales encontramos, en su gran mayoría (ya que existen escasos delitos tipificados en el Código Penal argentino en su forma omisiva), mandatos imperativos como por ejemplo

el que “matara a otro”, lo que no es lo mismo que dejar morir. (Gonzalez R. L., Derecho Penal Parte general, 2018)

Ahora bien, pese a los intentos de justificar la inconstitucionalidad de los delitos mencionados, gran parte de la doctrina Argentina considera constitucional los delitos de omisión impropia, pese a no contener una clausula general, entre ellos podemos mencionar a Creus:

“Sin duda, lo que mas preocupa a la doctrina contemporánea al tratar los delitos de comisión por omisión, es el hecho de que su reconocimiento pueda colisionar con el principio de legalidad en cuanto se trata de tipos “no escritos”: la ley pune al que mata, pero literalmente no pune al que no impide la muerte”. Y luego agrega “por supuesto que la objeción precedente al principio de legalidad se rebate cuando la omisión impropia es tratada legalmente como una extensión del tipo [...] por lo cual no nos parece violatorio del principio de legalidad la consideración de comisión por omisión (en un significado socialmente adecuado de la acción de matar, tanto mata el que quita la vida a otro, como el que permite que se extinga la vida cuando puede impedirlo)”. (Molina, Delitos de Omision Impropia, 2014)

Por su parte autores como Nino sostuvo:

“De este modo se sostendría que el principio de legalidad no resulta violatorio por el castigo de omisiones con resultado dañoso, puesto que son los preceptos penales mismos los que imponen el deber de actuar positivamente para impedir un resultado perjudicial”. A lo que agrega luego “La punición de conductas pasivas que son condición suficiente, bajo circunstancias normales, de resultados dañosos que el derecho tiene que prevenir, no representa una desviación del principio de legalidad. Esto es así porque, salvo cuando se recurre a formulaciones verbales que describen exclusivamente conductas activas (como, por ejemplo, tener acceso carnal, ejercer fuerza o violencia), los preceptos jurídicos que reprimen la causación de ciertos daños son naturalmente aplicables (según el significado ordinario del lenguaje legal pertinente) tanto a actos positivos como a actos negativos, siempre, claro esta, que el daño sea atribuible causalmente al acto en cuestión. El deber jurídico de actuar positivamente para evitar causar el perjuicio surge del mismo precepto penal y no de otras normas jurídicas o extrajurídicas. Si, por ejemplo, matar significa meramente causar la muerte de alguien, no cabe ninguna duda que la madre que no alimenta a su hijo, con el resultado de que este muere por inanición, ha matado al niño, y que no lo ha hecho, en cambio, un extraño que no le proporciono alimentos (siendo, en cambio, dudoso, otros casos, como el del bombero, en que las expectativas sociales de comportamiento activo tiene grados intermedios de fuerzas)”. (Molina, Delitos de Omision Impropia, 2014)

Asimismo Mariano Longobardi tiene dicho:

“Desde la posición que aquí se defiende, no resulta necesario la recepción específica de tipos penales de comisión por omisión (aunque nada obsta a que esto tenga lugar, como ocurre en algún caso al que aludiré mas adelante) ni que dependamos de una clausula de conversión para asegurar la legalidad de su aplicación al caso concreto. Lo dicho se asiente en una particular visión filológica de las figuras típicas.” Posteriormente agrega “El considerar que las hipótesis delictivas enunciadas a través de norma prohibitivas solo encierran a los comportamientos activos constituye una rémora de la concepción naturalística-causalista del ilícito, que, como hemos tenido oportunidad de reseñar en este trabajo, ha sido superada hace varios años en el mundo científico penal. Desde aquella perspectiva, los tipos penales



llamados comisivos solo estarían referidos a procesos físicos de actuación que producen modificaciones en el mundo exterior”. (Molina, Delitos de Omisión Impropia, 2014)

En la doctrina Argentina es Marcelo Sancinetti quien desarrollo más específicamente esta cuestión diciendo:

“La razón por la cual se puede tratar a tales omisiones conforme a verbos que en principio describen comportamientos activos no reside en aceptar para este caso un procedimiento analógico, como parece a primera vista, es decir, en violación al principio nullun crimen sine lege, bajo el aspecto lex stricta (prohibición de la analogía). Se trata, en lugar de ello, de la cuestión de interpretación de hasta que punto un texto que describe una acción, como matar, esta referido también a la no evitación de la muerte para quien esta obligado a evitar (matar, dejar morir). Dicho de otro modo: no esta en juego la pura descripción de un suceso natural, sino la descripción de una responsabilidad, según un criterio normativo.” Mas adelante señala *“En mi opinión, el hecho de que muchos profesionales del derecho se resistan a tal doctrina o que entienden que en todo caso se requeriría una clausula legal de conversión, podría hacer preferible la inclusión de una formula 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.”* (Molina, Delitos de Omisión Impropia, 2014)

También María Eloísa Quintero sigue esa línea de opinión:

“No creemos que sea necesaria la incorporación de una clausula general que regule la equivalencia entre acción y omisión para que la punición de los delitos de omisión impropia pueda ser llevada adelante por nuestros jueces sin que se atente contra uno de los principios constitucionales pilares de nuestro estado de derecho: el principio de legalidad. Sin dudas, de existir la misma, o de optar por su consagración expresa en el derecho, se morigerarían las objeciones constitucionales planteadas por un sector de la doctrina; por ello sostenemos que seria recomendable –tal vez- desde una perspectiva formal, pero en absoluto necesario desde lo material. Dada la identidad normativa de los delitos de omisión impropia y acción, considero innecesaria la introducción de una clausula general de equivalencia como la que tiene el parágrafo 13 del Código Penal alemán, o el artículo 11 del Código Penal español. Siendo relevante desde la perspectiva social penal la conducta como comportamiento de sentido, y por ende comunicativamente relevante, resulta obsoleto exigir mediante clausula general que las versiones activas de comisión de un delito puedan ser convertidas a versiones omisivas –o viceversa- para luego poder hablar sin reparos respecto a la punibilidad de las mismas.” (Molina, Delitos de Omisión Impropia, 2014)

Finalmente los autores Cornejo Costas y Ramayón sostienen al respecto:

“Sin embargo, entendemos que esa postura no solo es incorrecta sino que resulta inviable, pues los verbos típicos no remiten como esencia a una realidad puramente naturalística, sino, como ya se ha puesto de manifiesto, a una realidad dotada de significado social. Es decir, cuando jurídicamente se sostiene que alguien ha matado, no se quiere expresar con ello que haya realizado una acción positiva de la que derivo la muerte, sino que la muerte de otro es imputable objetivamente a su conducta. Y ello ocurrirá, tanto si el autor ha producido efectivamente el resultado dañoso, cuanto si, pese de haber asumido el compromiso material de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos que amenazan al bien jurídico (posición de garante), ha vulnerado el compromiso asumido permitiendo que el resultado se produzca [...] Desde este punto de vista deviene superflua una clausula de



equiparación como las contempladas en los artículos 11 y 13 de los códigos penales español y alemán, respectivamente, porque la omisión esta comprendida en lo injusto típico descripto en la Parte Especial.” (Molina, Delitos de Omisión Impropia, 2014).

Así las cosas, y ante la ausencia de esta clausula en el Código Penal Argentino, se visibilizan, en general, dos enfoques:

Plantear la inconstitucionalidad de las omisiones impropias por considerar que violan el principio de legalidad en su forma de *lex scripta*, por no estar expresamente consagrados en el Código Penal argentino en forma escrita, con la consecuente aplicación analógica de la ley penal, que, a su vez, violaría el sub principio de *lex stricta*, que prohíbe la aplicación analógica.

Plantear la constitucionalidad de las omisiones impropias no tipificadas haciendo referencia al argumento teleológico. Así cuando la ley se refiere a matar o causar la muerte, lo hace en el sentido netamente normativo. Como lo sostiene en doctrina, por ejemplo Marcelo Sancinetti, que plantea que causar la muerte sería asimilable a considerar que se ha tenido la culpa de la producción del resultado.

Lo más correcto sería seguir la posición Marcelo Sancinetti, coincidente además con otros autores, como es el caso del profesor Jesús María Silva Sánchez, quienes sostienen que no es necesario que exista la clausula general como la posee los Códigos Penales alemán y español. Una norma que prohíbe matar puede contener materialmente, de manera no incompatible, un mandato y una prohibición dirigida a impedir la concreción de dicho resultado. Por ende, son razones de tipo nomológicas, las que llevan a considerar constitucional a los tipos de omisión impropia no tipificados en el Código Penal.

Es en virtud de los argumentos mencionados supra, es que resulta incluso conveniente no adoptar una clausula general de esta índole porque su incorporación no resolvería totalmente el problema de la constitucionalidad, en virtud de que por ser tan general y abstracta presentaría problemas con el sub principio de *lex certa*, que exige que las leyes penales sean lo mas precisas posibles. (Gonzalez R. L., Derecho Penal Parte general, 2018)

Conforme a lo mencionado, Claus Roxin sostiene que con la regulación de la omisión impropia se dispone de una formula que permite la punibilidad a partir de cada uno de los tipos comisivos, y con ello quedaría resuelto el problema de la violación de la prohibición de analogía. Pero, con una regulación así descripta, admite que se plantea ahora el problema con el principio taxactividad por la falta de precisión que exige el subprincipio de *lex certa*, con lo cual sería necesario prever todos los casos posibles de omisión impropia. Respecto a ello cita a Welzel que sostiene: “Resulta por principio imposible agotar y concretar la descripción de la inacabable variedad de posibles conductas omisivas en los tipos legales.” Finalmente reconoce que actualmente no se ha realizado el intento por regular todos los tipos omisivos, pese a que existen regulaciones aisladamente en la parte especial. (Roxin, 2015).

Una posición contraria la de Roxin, es la presentada por el profesor Raúl Eugenio Zaffaroni, quien considera que los delitos de comisión por omisión son una construcción analógicamente prohibidas por el derecho penal, y sostiene al respecto que *“Habiendo tipos omisivos impropios, no se explica la razón por la cual deba existir una formula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos”*, con lo cual considera además que no



se puede admitir el argumento de que el legislador no puede tipificar todos los casos de omisión impropia que deban ser penados. (Zaffaroni, Manual de Derecho Penal Parte General, 2006)

2.2. Situación del Código penal Español.

Por su parte el código penal español contiene la clausula general en su artículo 11, que fue incorporada en el año 1995, con lo cual se dio cobertura legal expresa al incluir al delito de omisión impropia, esto es, la comisión por omisión.

“Los delitos o faltas que consisten en la producción de un resultado solo 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 equiparara la omisión a la acción:

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

Ahora bien, antes de comenzar al análisis del tipo penal de omisión impropia, cabe hacer referencia al planteo de constitucionalidad del citado precepto legal, sostenido por Cobo del Rosal y Vives Antón sostienen:

“Para rechazar la comisión por omisión, es preciso aceptar como principio la idea de que allí donde el legislador ha descrito la conducta típica empleando el verbo activo ha sentado con ello la exigencia de que el tipo en cuestión solamente puede ser llevado a cabo mediante la realización de una actividad, no omisivamente. Y esto es lo que ya no parece tan claro. Porque los verbos típicos no remiten como sustrato a una realidad puramente naturalística, sino, como ya se ha puesto de manifiesto, a una realidad dotada de significado social. Cuando jurídicamente decimos que alguien ha matado, no queremos expresar con ello que haya realizado una acción positiva de la que, como consecuencia derivase la muerte, sino que la muerte de otro es imputable objetivamente a esa conducta. Y la muerte será imputable objetivamente a su conducta, tanto si el autor ha producido efectivamente el resultado dañoso, cuanto si, pese a ocupar una posición de garante, desde la que asumía la tutela del bien, ha dejado que se produzca.” A lo que agrega *“configurada en tales términos, la posibilidad y admisión genéricas de la comisión por omisión no ofrece mayores reparos desde el punto de vista del principio de legalidad. Sería quizás útil que el legislador circunscribiese, mediante una formula general el ámbito en el cual la producción de un resultado puede imputarse a una conducta omisiva, pero no cabe descartar que la introducción de una tal formula reportase, al cabo, mas inconvenientes que ventajas”*. (Molina, Delitos de Omisión Impropia, 2014)

Siguiendo esta línea de pensamientos, no caben dudas que el mayor aporte, en el derecho penal español, a la problemática de la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia fue realizado por Jesús María Silva Sánchez, cuyo análisis se realizara seguidamente.

Para comenzar el análisis del artículo 11 del Código Penal español, hay que tener presentes diversas decisiones de política legislativa que que deben ser analizadas



separadamente. Primeramente hay que tener en cuenta que, de esta manera se regulan expresamente los delitos de omisión impropia, bajo esta clausula general. Y por otro lado la importancia que tiene el abordaje de los delitos de comisión por omisión desde una configuración mixta de esta figura, que requiere fundamentar por un lado los especiales deberes de evitar los resultados dañosos, asimilables a los delitos especiales propios, que se requieren del autor específica; y por otra parte, la necesaria verificación de una equivalencia con la comisión activa, en cada caso concreto.

La regulación de la omisión impropia, a través de la incorporación del sistema de clausula general:

Desde una primera aproximación, se podría decir que habría sido acertada la decisión político legislativa de adoptarla en el año 1.995. Lo que responde a una concepción ampliamente dominantes en sistemas legislativos cercanos al español que han optado por incorporar el sistema de clausula general, para abordar la omisión impropia.

Ahora bien, una particular diferencia la encontramos entre la clausula general adoptada por Alemania, de la adoptada por España, en virtud de que el parágrafo 13 del Código Penal alemán hace necesario no solo el análisis de la equivalencia con la comisión activa, sino también, de la clausula de correspondencia, siendo, por tal motivo, una clausula poco aconsejable inclusive para Alemania; cuestiones que no se plantean en el Código Penal español, y por lo tanto, esto impide adoptar los fundamentos allí discutidos, precisamente por falta de la existencia de dichos problemas.

La cuestión de la causalidad en los delitos de omisión, llevo la doctrina a plantearse nuevas teorías como la de la “causalidad jurídica” o de la “causalidad por infracción a un deber”, que tenían como centro de análisis la ubicación de la comisión por omisión en la infracción de un deber cualificado por la posición especial en la que se encuentra el sujeto en relación al bien jurídico, con lo cual, pesa sobre el mismo el deber de evitar el resultado.

Esto arriba, necesariamente, a un abordaje profundo de la cuestión, y lleva a la primera conclusión de que acción y omisión son irreductibles, con lo cual ambas no pueden realizarse o coexistir al mismo tiempo sin perder la armonía entre ella, lo que conlleva a sostener que buscar un factor común entre ambas resultaba una tarea que no conducía a nada. Pero, si se tuviera en consideración a los delitos omisión, se podría extraer que se trataba fundamentalmente de delitos de “infracción a un deber”. Como consecuencia de ello, es A. Kaufmann quien con su obra magistral, da visibilidad a estos planteamientos sobre la irreductibilidad ontológica y dogmática entre delitos de acción y delitos de omisión.

Lo relacionado a la equiparación de ciertas omisiones activas de delitos, derivó a las discusiones doctrinarias de tinte dogmático-estructural, justamente por considerar que no son una cuestión de naturaleza dogmática estructural. Por ende, entre las omisiones impropias o las también llamadas comisión por omisión, existiría una diferenciación de tipo cualificada teniendo en cuenta la especial importancia que reviste el deber, donde, respecto a lo cual, no deberían existir diferencias entre las teorías formalistas y las materiales.

La clausula de equiparación aparece configurado como un problema de valoración, denominado habitualmente como axiológico. Por ende, se entiende que los delitos de comisión por omisión o de omisión impropia, serian delitos de omisión que requieren del autor, ciertas características particulares de deberes especiales, que generan el deber obrar con mayor



eficacia por encontrarse en una posición de garante, pero que no obliga necesariamente a tener éxito.

Si bien en un primer momento se intento explicar el tipo de comisión por omisión desde la perspectiva de los movimientos corporales (como sucede en la acción), al no tener éxito, se intento explicar este tipo penal, a través de una perspectiva diametralmente opuesta; por ende si en la acción se debe analizar la causalidad y la voluntad, en las omisiones se deberían negar todos estos elementos.

Pero, al no existir un tipo penal de injusto que tipifique la omisión impropia, eran entendidos como tipos penales no escritos en la ley penal, que solo podrían ser considerados como injustos mediante su comisión activa. En los delitos de omisión impropia no escritos, se determinaba la infracción de su autor, teniendo en consideración a los sujetos que eran garante de evitar la consumación del resultado típico, por la posición en la que se encontraban respecto del bien jurídico protegido; por ello se habla de una equivalencia con las conductas de comisión activas, para así poder aplicar la pena a este tipo de comportamientos. Por tales motivos, parte de la doctrina propugnaba la necesidad de realizar una tipificación expresa en la Parte Especial del Código Penal, por considerar que la omisión impropia no escrita seria violatoria del principio de legalidad por el mandato contenido en el sub principio de *lex scripta*; o al menos consideraban necesario la incorporación de una clausula de “conversión” en la parte general de Código Penal, para así poder salvar el problema de constitucionalidad.

Esto dio lugar a distintos puntos de vista en la doctrina mas reciente, como los siguientes:

Por una parte, están los que postulan que considerar a la omisión impropia o comisión por omisión, como parte integrantes de los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal, constituyen casos de resoluciones análogas contra reo, lo cual seria violatorio del principio de legalidad que lo prohíbe. Por ende, esta parte de la doctrina sostiene que los tipos penales comunes contenidos en la Parte Especial del Código Penal son solo aplicables a las acciones causales y por ende no podrían ser extensivos a los tipos de comisión por omisión, porque si se aplicara la misma sanción a una comisión por acción que a la no evitación del resultado típico, que requiere la comisión por omisión, no se aplicaría los tipos penales respetando su formulación activa contenida en el Código Penal. Con lo cual, en doctrina se plantea la necesidad de establecer una incorporación de “*numerus clausus*” para así prever expresamente en el Código Penal, los casos de comisión por omisión.

Otros autores, consideraban correcto la postura anterior, pero pensaban que seria dificultoso poder introducir todos los tipos penales de comisión por omisión, porque seria muy poco practico que el legislador imaginara todas las formas posibles de omisiones impropias, que serian necesarias incluir, y por ende no es recomendable. Por tal motivo, consideraban que seria de utilidad, para salvar el problema de que no estuvieran escritas, la incorporación de una clausula general en la Parte General de Código Penal que abarcara todos los casos de comisión por omisión.

Y, finalmente, están quienes sostienen que el Código Penal español derogado, era perfectamente constitucional, desde el punto de vista del principio de legalidad, porque ni la inclusión de una clausula general en la Parte General del Código Penal, ni la tipificación taxactiva de todos los tipos penales de comisión por omisión, pueden solucionar los problemas planteados, sino que plantearon mayores problemas. Pero admite el profesor Silva Sánchez,



que se ha adscripto hace muchos años a la posición que sostiene que no sería necesaria la incorporación de una clausula general, como la tiene el Código Penal español, criterio que goza de una significativa aceptación en la doctrina española.

El Código Penal español derogado contenía la supralegalidad de los delitos de omisión impropia, lo cual fue cuestionado por la doctrina. Ante lo cual, se discutía si los verbos típicos contenidos en la Parte Especial del Código Penal tenían que ser entendidos como verbos meramente descriptivos adecuados a la comisión de la acción por causación, de ser así, no podrían ser aplicados a la comisión por omisión; por el hecho de que el contenido literal de los tipos penales activos dejaba cercada la posibilidad de aplicarlos en la modalidad comisión impropia de delitos. Con lo cual se hace necesario analizar los verbos típicos, no solo en el sentido descriptivos sino mas bien en un sentido adscriptos, para poder alcanzar un significado en el sentido de atribución de responsabilidad y no meramente de procesos de causalidad. Por ende, se sostiene que el análisis reduccionista-descriptiva-causalista no sería procedente al entendimiento desde un punto de vista gramática semántico, como la requerida para la elaboración de la dogmática de los tipos penales, siendo mas acordes a las influencias imperantes en las tesis referidas al causalismo naturalista y a un concepto de tinte unitario de autor. Con lo cual, una vez superadas estas concepciones se hace necesario dejar de lado estas concepciones, sobre todo en mira a las perspectivas contemporáneas.

Por otra parte, pese a la posibilidad de incluir a los delitos de comisión por omisión en los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal por estar abiertos en el sentido de que podrían ser interpretados en su forma de comisión por omisión, esto no podría ser incluido porque existe una verdadera incompatibilidad ontológica entre comisión y omisión. Sin embargo, quienes se han expresado por la admisión de la posibilidad de encuadrar los tipos omisivos a los tipos comisivos de los tipos legales de la Parte Especial del Código Penal, lo hacen trasladando la discusión de la construcción dogmática al tipo de injusto. Por tales razones, la doctrina se expresa respecto a la existencia del problema de querer encontrar un denominador en la descripción de cada tipo legal, que contenga en un mismo tipo penal la previsión del supuestos que consagren la actividad causal y a su vez la falta de ella (esto alude al plano dogmático estructural); y por otro lado se plantea el problema nomológico, respecto a que en cada descripción típica de la norma primaria, se debe prescribir tanto un mandato como una prohibición.

Si bien, tanto comisión activa como comisión omisiva, emergen claramente como formas distintas en el plano otológico, pero en lo que se refiere a la concepción normativa, podrían considerarse paralelas en lo que hace a su estructura y en lo relativo a lo material, ambas como formas de poder controlar la realización del riesgo típico. Ahora bien, a la cuestión de si, es factible o compatible la integración tanto de un mandato como de una prohibición, sean constitutiva de un mismo tipo penal, es decir, bajo una norma secundaria, ello sería posible visto desde un plano nomológico. Si bien, los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal, contienen por regla general descripciones de tipo prohibitivas referidos a conductas que pueden dañar determinados bienes jurídicos ajenos, considerados relevantes para el derecho penal. Estas conductas reguladas típicamente, que representan cierto riesgo socialmente intolerables, pueden a su vez adoptar una doble configuración ontológica: en primer lugar, la comisión activa llevada adelante a través de la modalidad de plasmación en un movimiento corporal generador de la causalidad eficiente del riesgo jurídicamente desaprobado; y por el



otro, la necesidad de que el sujeto asuma el deber de actuar de modo responsable, implementando todos los medios necesarios para evitar que el riesgo efectivamente se concrete, en virtud de que pesa sobre el la obligación de brindar protección al bien jurídico amenazado, el que, por ende ,se encuentra en situación de vulnerabilidad. Según el profesor Silva Sánchez, es en la segunda modalidad comisiva, donde se perciben los mayores problemas de lo que se denomina “*commissio per omissionem*”: la que presupone la no realización concreta del compromiso asumido; lo que significa que quien asumió el compromiso por evitar el resultado típico, genera una mayor vulneración en el objeto protegido por el bien jurídico, con lo cual se presume del autor un mayor control del riesgo que podría ser idéntico al control que existe en los tipos penales activos. Por ello, en los delitos de comisión por omisión, que si bien el riesgo no nace con el dominio del sujeto obligado, por tanto es externo a el, se vuelve típico para quien tiene el deber de actuar cuando a asumido el riesgo de actuar, y su no evitación equivaldría a causarlo, toda vez que ese riesgo creado seria asimilable normativamente a una conducta de comisión activa que genera un peligro para el bien jurídico. Entonces, se podría decirse, que en los delitos de comisión por omisión seria asimilable a una comisión activa, por la situación en la que se configuran. Con estos argumentos así expuestos, se podría explicar las concepciones que se encuentran precedentemente expuestas y criticadas por la doctrina, y por ende rechazando de este modo las consecuencias que hacen referencia a la cuestión de que los supuestos de comisión por omisión solo serian, en relación a la comisión activa, equiparables solo respecto a la pena, pero no así incluidas integralmente dentro del tipo al que haga referencia.

Concluyendo con el profesor Silva Sánchez, no seria de vital importancia la incorporación de una clausula general, como la que actualmente contiene el Código Penal español en la Parte General, por considerar que en la practica judicial de los tribunales españoles, existe una preferencia por limitar, en los delitos de comisión por omisión, la correspondiente facultad de responsabilizarlos, por el hecho de considerar que existían otros preceptos similares en otros ordenamientos jurídicos. Y no solo ello, sino que podría inclusive a alentar la punibilidad de estos supuestos por encontrarse reglas en la clausula general. Asimismo, existen en doctrina sobrados argumentos para sostener finalmente que la comisión por omisión solo debería ser inscribibles en los tipos penales contemplados en Parte Especial del Código Penal español, por responder a estructuras idénticas, respecto a los tipos de comisión activas. Argumentos que han sido recogido por gran parte de la doctrina española.

2.3.La comisión por omisión adoptada por el artículo 11 del código penal español merece un abordaje mixto: mezcla la lógica de la infracción de un deber cualificado y la lógica de la equivalencia con la comisión activa.

Con la incorporación de un elemento de vulneración de un deber jurídico especial, se considera que la formula, cambia el centro de atención que se orientaba a la comprobación de una necesaria equivalencia, acorde al sentido que que fija la ley, a lo que Silva Sánchez denomina la identidad estructural desde una perspectiva normativa-material; hacia la necesaria constatación de un especifico deber de actuar, conforme al camino seguido en la doctrina alemana. Así las cosas, se puede observar que se visualizan dos perspectivas que presentan grandes diferencias: por un lado la que concibe a la comisión por omisión como un derivado



de la comisión activa; y por otro lado, la que concibe a la comisión por omisión desde la omisión pura. Esta mencionada mezcla, se la encuentra claramente en el primer inciso del artículo 11 de Código Penal español; y por su parte en el segundo inciso se hace referencia específicamente a la concepción de una configuración dirigida a la infracción de deber específico de actuar y cualificado.

Ahora bien, la primera cuestión a tener en cuenta del artículo 11, es la de dilucidar si la infracción de un deber especial, por si mismo es suficiente para considerarlo equivalente al texto de la ley, o si en realidad se necesita realizar dos juicios del mismo; uno primer juicio, respecto a la infracción al deber, y un juicio posterior, referente a la cuestión de la equivalencia según el el sentido mismo de la ley. Por su parte, Silva Sánchez considera que, se debería estar a la segunda proposición, que es lo mas respetuoso del principio de legalidad y de proporcionalidad. Considera que un juicio referido a la infracción de un deber jurídico, si bien es necesario pero no suficiente, para abarcar la equivalencia, porque para ello seria necesario realizar un juicio adicional que responda al texto de la ley, y no solamente a la equivalencia. Sostiene que, el juicio, por ende, debería ser nada menos que lo que exprese la identidad estructural relativo a las estructuras normativas.

Lo mencionado, repercute necesariamente en el segundo inciso del artículo 11, toda vez que, para poder equiparar la conducta a una comisión por omisión, no basta con la sola infracción a un deber, ya sea legal o contractual, o la llamada injerencia; sino que la equivalencia según el sentido del texto de la ley, pasa a ser el criterio que dirige al mandato, siendo necesario un posterior juicio y no solo la comprobación de una obligación legal, contractual o de un actuar precedente. Esto es imprescindible para evitar que exista una contradicción en el artículo 11 del Código Penal español; y respecto a los casos de injerencia o actuar precedente, para poder encuadrarlos en la comisión por omisión del artículo 11, es necesario que la configuración del resultado pueda asimilarse a la comisión activa (y no ser considerados como omisiones puras), como lo son para Silva Sánchez, los supuestos de injerencia dolosa, que darían lugar a ser equiparados conforme al texto de la ley.

Entonces, para que se configure tal equivalencia en relación con el contenido de la ley penal, es necesario además que el autor haya asumido efectivamente en los hechos, una asunción del riesgo de brindar garantía especial al bien jurídicamente protegido, que según Silva Sánchez, responderían al verdadero núcleo duro de los delitos de omisión impropia, pero que de todos modos, se plantea el conflicto a la hora de incorporarlos expresamente en el artículo 11 del Código Penal español.

No obstante ello, se podría abarcar la problemática, entendiéndola que el artículo 11 hace una enumeración de tipo ejemplificativa, y con ello se daría lugar a la posibilidad de considerar que en los supuestos en que no se configuran una obligación contractual, un deber legal, o un actuar precedente, de todos modos se podría considerar configurada la equivalencia. O por otro lado, considerar que en toda asunción fáctica de riesgos se da necesariamente un actuar precedente peligroso. Lo aquí expuesto, seria equiparable a lo expresado por Binding, para quien, si bien al asumir una función de dominio o control, y su correspondiente deber de garantía, puede ayudar a brindar seguridad respecto a la protección que se debe brindar, pero a su vez también puede agravarlo, ya que el titular del bien jurídico confía en que el garante le brindara protección, y su abandono le haría perder las chances de protección del bien jurídico por un tercero.



Con esta concepción, se lograría que la configuración de una obligación legal o contractual no sean los únicos centros a tener en cuenta para su determinación; por ser las mismas de tipo formales, que no permitirían abarcar el abanico de posibilidades que se podrían presentar estructuralmente en la comisión por omisión, como equivalente a una comisión activa, y, como contra cara, también son muy abstractas, para ser por si mismas configurativas de la necesaria equivalencia. Por ende, aquí lo trascendental continua siendo el baremo con el que se determina su equivalencia según el texto de la ley. Para lo cual, solo cabria tal concurrencia cuando el sujeto obligado, ha asumido el compromiso de actuar como barrera de contención ante los riesgos inminentes que pudieran lesionar los bienes jurídicamente protegidos. Por ende, es justamente ese compromiso asumido, lo que coloca al sujeto en posición de garante, y teniendo en sus manos el dominio del riesgo jurídicamente desaprobado, y con ello, asimilable a lo que sucedería en una comisión activa a través de la puesta en marcha de movimientos corporales que generadores de causalidad. Es de esta manera, que se podrían explicar los casos en que existe injerencia, respecto a la confianza generada y que justificaría la imputación del resultado lesivo.

Finalmente, el artículo 11 del Código Penal español, adopta las dos posturas desarrolladas, para dar razones que expliquen los casos de comisión por omisión; incluyendo por una parte, la postura que considera necesariamente que la figura de comisión por omisión sea equiparada a un obrar comisivo activo del tipo penal del que se trate; y por el otro; las posturas que consideran a la comisión por omisión desde la mirada de la omisión pura, considerando por tanto, a la omisión propia, como formas cualificadas, por existir un deber fijado por ley, contrato o injerencia, que presupone la evitación del resultado. Siendo necesario para una perspectiva concebida como esta ultima, la aplicación de una atenuante a los casos de omisión impropia. Concluyendo, el profesor Silva Sánchez, que lo ideal seria eliminar la clausula general.(Sanchez, 1996)

3. Estructura típica de los delitos de omisión impropia

Para poder determinar si nos encontramos frente a la configuración de los delitos de omisión impropia se requiere necesariamente atravesar el análisis de los siguientes elementos: a) Situación típica, b) No realización de la acción debida, c) Posibilidad material, d) Producción del resultado típico, y e) Nexo de evitación; y finalmente, realizare una breve aproximación a la posición de garante. Teniendo en cuenta que estos delitos tanto en su configuración culposa como dolosa, no surgen expresamente del texto de la ley en el Código Penal Argentino, puesto que no fija un tipo penal general de omisión, como consecuencia no tenemos clausula de equiparación, conlleva a que en primer lugar corresponde descartar que la conducta haya sido realizada en su forma activa; descartada esta posibilidad da lugar a análisis de la forma omisiva. Lo que no sucede en los países que si tienen previstas la clausula general de omisión impropia, como es el caso del código Penal español, que tiene la tiene mas precisamente en su articulo 11.

Seguidamente expondré los elementos objetivos que deben reunir la omisión impropia o comisión por omisión, que si bien son los mismos que en la omisión propia, aquí se agregan la producción der resultado típico y el nexo de evitación:



3.1. Situación típica obligante

En los tipos de omisión, para su configuración debe existir una circunstancia típica que genere el deber de actuar, en virtud de que son tipos circunstanciados, por ello la ley describe las circunstancias que se deben configurar para que nazca el deber de actuar. Con lo cual a estos deberes se los llama deberes de solidaridad mínima que presuponen un minimun ético. (Gonzalez R. L., Derecho Penal Parte General, 2018)

3.2. No realización de la acción mandada

En los delitos de comisión por omisión el núcleo del mismo radica en un no hacer lo debido. En virtud de que aquí se da la situación inversa, siendo el mandato legal el que prohíbe toda conducta que no sea la debida. Como derivado de lo mencionado, se habla en doctrina de la teoría de la acción esperada. Entre los que encontramos autores como Mezger y Gallas, quienes sostienen que no sería preciso, en estos delitos, un objeto prejurídico al mandato (concretamente una acción real) sino una mera representación: la acción que el derecho espera del obligado por el mandato. Ello constituiría el núcleo de la omisión. Según la teoría de aliud agere, la omisión sería un hacer distinto de lo debido o un no hacer, con lo cual esto constituye lo prohibido en la omisión. (Gonzalez R. L., Derecho Penal Parte general, 2018)

3.3. Posibilidad física de llevar a cabo la conducta ordenada

Claro está que solo se puede llevar adelante una conducta, cuando el autor que no llevo adelante la acción, haya tenido la posibilidad física de llevarla adelante, con lo cual este es un requisito lógico, porque el derecho penal no puede exigir algo imposible, conforme al ultra posse nemo obligatur. Es por ello que, es preciso determinar cual es el baremo con el que debe juzgarse en el caso concreto la posibilidad física de llevar adelante la conducta. Parte de la doctrina considera que deben ser considerados las mayores capacidades que poseen ciertos autores; pero respecto a la capacidades inferiores sostienen que debería tomarse como parámetro las capacidad que posee una persona mentalmente normal. Con lo cual el juzgador debería tener en cuanta la posibilidad según los conocimientos y capacidades individualmente del autor en cada caso concreto.

Ahora bien, puede suceder que el autor se haya auto incapacitado para con ello no cumplir con el deber que recae sobre el mismo de actuar (omissio libera in causa). “Aquí el autor, mediante un hacer activo, se coloca en condiciones de incumplir un mandato de acción. A esta modalidad de “omissio libera in causa” se la conoce como omissio libera in agendo. Pero también a dicha incapacidad de actuar se puede llegar mediante una omisión (omissio libera in omitiendo). Podría sostenerse que el mandato de acción también se infringe cuando, al igual que en la actio libera in causa, el autor se coloca –por acción u omisión precedente- en situación tal de no poder cumplir con dicho mandato. Se trata de una modalidad excepcional de incumplimiento del mandato de acción.” Por ende de una modalidad de omisión (Gonzalez R. L., Derecho Penal Parte general, 2018)

3.4. La producción del resultado



Por tratarse de delitos de resultado (material o de peligro concreto) es menester que acaezca el resultado para poder imputar la consumación del delito a su autor.

El resultado puede existir o no pero solo los delitos en los en que se ha producido el resultado se puede analizar la imputación objetiva en la omisión impropia.

De todos modos, el obrar doloso puede dar lugar, así fuese el caso, a una tentativa punible.

El resultado también puede entenderse en los casos de puesta en peligro concreto como señala Jakobs “Resultado, en el sentido de este precepto, es todo lo que se puede evitar, es decir, en principio, el resultado típico de los delitos de resultado, bien sea una lesión, bien una puesta en peligro concreto.” (Molina, Delitos de Omisión Impropia, 2014)

3.5. Nexos de evitación

Una vez que se descarta la existencia de una “causalidad omisiva”, de todos modos, en los delitos de omisión se debe poder vincular hipotéticamente la omisión, esto es el no hacer, con el resultado.

La doctrina plantea la necesidad de analizar el nexo de evitación en virtud de que en los tipos omisivos no se podría hablar de causación de resultado en igual sentido que en los delitos activos. Es por ello que aquí se deberá verificar si existió dicho nexo de evitación, acudiendo al juicio hipotético, a la inversa que en la causación: debe imaginarse si, llevando a cabo la conducta debida, el resultado se hubiese evitado. Si tal juicio hipotético se confirma en el caso concreto, se debe imputar la conducta a su autor por omisión.

Lo cierto es que la forma del juicio hipotético, no puede ser verificado con el resultado como si ocurre con la causalidad real, con la consecuencia de que la formula hipotética no brinda seguridad ni certeza de que si el autor hubiera llevado adelante la acción debida, se hubiera evitado efectivamente el resultado.

Ante la falta de certeza que plantea esta formula, fue necesario que la doctrina elaborara una formula de la “probabilidad rayana en la certeza”, para la que debe existir una probabilidad muy alta en el caso concreto, de que si se hubiera llevado adelante la acción debida, el resultado se hubiera evitado.

El profesor Claus Roxin “sostiene la teoría del incremento del riesgo” al hablar de los tipos activos, pero en la omisión realiza una variación de la misma para poder explicar estos tipos penales. Así, sostiene que se trataría de la no disminución de un riesgo, siendo suficiente con que el autor haya incrementado la posibilidad de producción del resultado, por no haber cumplido con el mandato de acción que debió realizar, dando paso a la necesidad de imputar tal delito por omisión impropia”.

Autores como GIMBERNAT, por su parte, consideran que la “teoría de la disminución del riesgo” y la “teoría de la probabilidad rayana en la certeza”, serian violatorios del principio in dubio pro reo, por considerar que para condenar un hecho es preciso tener certeza, con lo cual tales teorías prescinden de la certeza que es exigida procesalmente, y que pesa sobre el sistema procesal basado en el principio de inocencia; reconociendo el mismo, que muchas veces los tribunales consideran acreditado como certeza, lo que en realidad no es mas que una mera probabilidad. Por todo ello, considera que los cursos causales hipotéticos deberían quedar excluidos.



El fundamento para poder imputar al autor una omisión impropia, estaría radicada en que, en estos casos la vinculación del no hacer la conducta debida causaría el resultado típico, toda vez que, exista el llamado “foco de peligro” que presupone que se ha sobrepasado el riesgo permitido. Por ende, responsable del resultado será, el que con un obrar activo haya “desestabilizado el foco de peligro”, convirtiendo el riesgo permitido en riesgo prohibido. Por su parte, SANCINETTI critica la tesis de la “desestabilización del foco de peligro” por considerar que un análisis basado en el foco de peligro no podría conectarse con el nexo de evitación, porque el causante dejaría de ser el omitente para pasar a ser “el foco de peligro”. Por ende, decir que el foco de peligro del autos, no es lo mismo que el sujeto cause el resultado.

Lo correcto sería considerar que para poder imputar la comisión de un resultado por omisión, se tenga en cuenta la teoría de la probabilidad rayana en la certeza, toda vez que, como sostiene SANCINETTI no se puede descartar los cursos causales hipotéticos, como sugiere GIMBERNAT, en virtud de que en materia de hipótesis, no se puede hablar de certezas absolutas.

Con lo cual podemos concluir que quien realiza una acción de salvamento, nunca puede tener la certeza de que va a realizar la acción con total éxito. Es por ello, que no se le puede exigir tal éxito, pero si se requiere que el autor, una vez configuradas las circunstancias generadoras del deber de actuar, este emplee la mejor acción de salvamento que le sea posible, como lo sostiene el profesor GONZALEZ. (Gonzalez R. L., Derecho Penal Parte general, 2018)

3.6. Posición de garante

No cualquier persona que no evite el salvamento va ser responsable de haber causado resultado típico, porque para ser garante debe existir una obligación especial con el bien jurídico afectado, que obligue al autor.

Con lo cual para poder imputar a una persona el resultado por no evitar que se cometa, y por ende asimilar tal hecho como si el no hubiera causado tiene que existir una relación estrecha o un deber especial de actuar. La misma obligación cabe para quienes tuvieran una estrecha relación con las fuentes de peligro que pueda generar una afectación al bien jurídico protegido.

Los delitos impropios de omisión, se dicen que son delitos especiales propios, porque para ser autor se requieren de ciertos requisitos especiales para ser garantes. Es necesario determinar en cada caso concreto a quienes les concierne la responsabilidad como garantes. (Molina, Delitos de Omisión Impropia, 2014)

Excede el objetivo del presente trabajo el análisis pormenorizado de la determinación de las fuentes generadoras de la posición de garantes, porque existen en la doctrina penal diferentes posturas. Quedando para una próxima presentación su análisis.

4. Tipicidad subjetiva de los delitos dolosos de omisión.

En los delitos de omisión, a diferencia de los tipos activos, el autor no causa el resultado, sino que se le reprocha no haber evitado el resultado. Con lo cual, la voluntad sale sobrando ante la omisión: en ella basta con que el autor, también aquí se represente los elementos del tipo, tanto en la omisión propia como en la omisión impropia.



La ausencia de un elemento volitivo en el dolo llevo a algunos autores a postular el llamado “cuasi dolo” de la omisión, es decir de un dolo que se sustenta en la mera representación. Así Zaffaroni sostiene “acerca de la naturaleza del dolo en la omisión... un sector doctrinario sostiene que es tan diferente de este que en realidad, se trataría de un cuasi dolo”. (Zaffaroni, Manual de Derecho Penal Parte General, 2006)

Algunos afirman que también hay dolo en el sentido tradicional de conocer y querer, solo que este ultimo se limita a “querer” llevar a cabo la conducta distinta de la ordenada. Así sostiene ZAFFARONI “...si bien es necesario el conocimiento efectivo de la situación típica y de una posibilidad de representación de la vía de realización de la acción ordenada, no es suficiente, porque en la tipicidad omisiva dolosa, el agente realiza la acción diferente de la ordenada, precisamente porque se representa la causalidad que provocara el resultado y, por ende, sabe que debe dejarla andar para que este advenga y que debe realizar la acción diferente para no interferir el curso causal y, de este modo, dirigir esa causalidad hacia el resultado.” (Zaffaroni, Manual de Derecho Penal Parte General, 2006)

En la omisión impropia el autor debe representarse también, como es lógico, la posición de garante, por ser un elemento del tipo; no así los deberes que emergen de tal posición, pues estos elementos del deber integran el contenido de la prohibición misma. Su error, por tanto, será un error de prohibición. También debe prever que su conducta tendrá por efecto la no evitación del resultado.

5. Conclusiones

Siguiendo la exposición desarrollada hasta aquí, considero que el problema de la omisión impropia radica en si se debería entenderla como un equivalente a la acción o si por el contrario, para poder salvar la legalidad de estos tipos penales, -y por ende poder aplicar pena en estos casos- se debe legislar todas las formas omisivas, para evitar que se vea vulnerado el sub principio de lex scripta.

Parte de la doctrina, que se posiciona en contra de la legalidad de lo delitos de omisión impropia, argumentan su postura sosteniendo que las omisiones impropias, en el Código Penal argentino, son inconstitucionales, porque son tipos penales no escritos, por no haber incorporado la clausula general, como si la tiene el Código Penal español, pero que, de existir tal clausula, tampoco se podría afirmar del todo su constitucionalidad, ya que con la incorporación de una clausula general, se violaría de todos modos el principio de legalidad en su forma de lex stricta, porque al ser tan general la misma, no podría simplemente con tal clausula, convertirse automáticamente todos los tipos penales de comisión activa en comisión por omisión, por lo tanto, constituiría una analogía in malam partem o contra reo. En consecuencia, para este sector de la doctrina seria necesario que el legislador imaginara todos los casos de comisión por omisión posibles, para poder salvar con ello la legalidad de la omisión impropia.

Asimismo, quienes consideran que las omisiones impropias no violan el principio de legalidad, como el profesor Silva Sánchez, realizan necesariamente un análisis en primer lugar, referido a si es posible una equivalencia entre acción y omisión, y si seria posible equiparar la causación del resultado con la no evitación del mismo, cuando se tenga el deber de hacerlo. Respecto a ello, en principio la doctrina entendió que esto no era posible, por considerar que



los tipos penales fueron pensados para su comisión activa, en virtud de una concepción causalista naturalística, y por ende, sería imposible equiparar una acción a una omisión, por que quien realiza la conducta de “matar a otro” por ejemplo, no realiza el tipo penal no evitando la muerte, por no causarla; por tanto, según esta perspectiva, no podría realizarse una equivalencia entre actuar y omitir, que abarque un mismo de tipo penal.

Así la cuestión planteada, finalmente es Silva Sánchez quien plantea una visión contemporánea de las omisiones impropias, entendiendo que, en la omisión impropia se debe interpretarlas como una cuestión nomológica y no solamente dogmática. Esto quiere decir que, matar a otro abarca no solamente los procesos causales de causar la muerte de forma activa, sino que también abarca los supuestos de no evitar la muerte cuando exista un deber de protección al bien jurídico; matar a otro entonces sería tanto producir efectivamente el resultado como dejar que el resultado suceda, cuando existía un deber de garante de evitar que se produzca. Y pone como ejemplo el caso de la madre que no alimenta al niño provocándole la muerte por inanición. Es claro que en este supuesto la madre no mata al hijo con un hacer activo, pero claramente provoca la muerte del mismo, al no evitar que el resultado se concrete, puesto que tiene un deber especial de evitarlo. Con lo cual, la norma penal puede estar perfectamente constituida por mandatos o prohibiciones, que habilitarían no solo la aplicación de la pena del delito de que se trate, sino su equiparación al tipo penal. Es por ello, que el profesor Silva Sánchez sostiene hace muchos años, que la clausula general que contiene el artículo 11 del Código Penal español, plantea mas inconvenientes que ventajas, y considera que no sería necesaria tal clausula, porque acción y omisión son perfectamente equiparables desde un plano normativo. Posición a la que se adhiere en el presente trabajo.

Por otra parte, los tipos de omisión impropia o comisión por omisión reúnen una estructura distinta a la activa, porque requieren que se configuren ciertos elementos, por contener una estructura especial. Por ende requieren en primer lugar una situación típica, con lo cual, no cualquier omisión es constitutiva de delito, sino que, al ser tipos circunstanciados, necesariamente se tiene que configurar la situación típica. Luego, requiere la no realización de la conducta mandada, en virtud de que los tipos omisivos contienen mandatos de hacer, y su no realización sería constitutivo de lo prohibido por el tipo penal. También, la posibilidad física de llevar a cabo la conducta ordenada, esta exigencia responde a una cuestión lógica de que el derecho penal no puede exigir lo imposible, por ende es requisito esencial que debe existir una posibilidad física y material de llevar adelante la conducta mandada. Además requiere la producción del resultado, por tratarse de tipos de resultados, es necesario que el resultado se produzca efectivamente, lo que no quita que se pueda punir los casos de omisión tentados. Por su parte, el requisito del nexo de evitación, plantea su equiparación a la causación con la no evitación del resultado, realizando para ello, un juicio hipotético mental de la agregación de la conducta debida, y si agregando tal conducta el resultado no se hubiere concretado, podría imputarse tal conducta como omisiva. Respecto a este requisitos, vimos el problema que se plantea con el juicio hipotético, ya que si bien en los delitos de acción se realiza la conducta que produce el resultado; en los tipos omisivos hay que imaginar la conducta para poder imputar. Por ello la doctrina ha elaborado la teoría de la no disminución del riesgo, como una variación a la teoría del incremento del riesgo de Roxin; o la teoría de la probabilidad *rayana* en la certeza, la que parecería ser la mas acorte a las omisiones, toda vez que, siguiendo a Sancinetti, no es posible hablar de certezas absolutas cuando se realizan juicios hipotéticos.



finalmente, la posición de garante como requisito de las omisiones impropias, por ley, por contrato o por actuar precedente.

En el aspecto subjetivo de los tipos de comisión por omisión, el autor no causa el resultado, por lo tanto, no se configura con el elemento volitivo y cognitivo como en los tipos penales activos. Por ello algunos autores hablan de que en la omisión existe un cuasi dolo, toda vez que se requiere para la configuración del tipo subjetivo, únicamente que el sujeto tenga conocimiento de la circunstancias que generan el deber de actuar, y pese a ello, dejar andar la circunstancia para que el resultado se concrete. Por ende el aspecto objetivo, requiere que el autor conozca todos los elementos objetivos y además conozca que se encuentra en una posición de garante, respecto al bien jurídico protegido.

6. Bibliografía

- Gonzalez, R. L. (2018). *Derecho Penal Parte general* (1ª edición ed.). Buenos Aires, Ciudad Autónoma, Argentina: Astrea, p. 253.
- Gonzalez, R. L. (2018). *Derecho Penal Parte general* (1ª edición ed.). Buenos Aires, Ciudad Autónoma, Argentina: Astrea, 271-272.
- Gonzalez, R. L. (2018). *Derecho Penal Parte general* (1ª edición ed.). Buenos Aires, Ciudad Autónoma, Argentina: Astrea, p. 271-272.
- Gonzalez, R. L. (2018). *Derecho Penal Parte general* (1ª edición ed.). Buenos Aires, Ciudad Autónoma, Argentina: Astrea, p. 259.
- Gonzalez, R. L. (2018). *Derecho Penal Parte general* (1ª edición ed.). Buenos Aires, Ciudad Autónoma, Argentina: Astrea, p. 259.
- Gonzalez, R. L. (2018). *Derecho Penal Parte general* (1ª edición ed.). Buenos Aires, Ciudad Autónoma, Argentina: Astrea, 259-260.
- Gonzalez, R. L. (2018). *Derecho Penal Parte General* (1ª edición ed.). Buenos Aires, Ciudad Autónoma, Argentina: Astrea, p. 269-271.
- Molina, G. J. (2014). *Delitos de Omisión Impropia* (1ª edición ed.). Santa Fe, Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni, p. 120-121.
- Molina, G. J. (2014). *Delitos de Omisión Impropia* (1ª edición ed.). Santa Fe, Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni, p. 121-122.
- Molina, G. J. (2014). *Delitos de Omisión Impropia* (1ª edición ed.). Santa Fe, Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni, p. 122.
- Molina, G. J. (2014). *Delitos de Omisión Impropia* (1ª edición ed.). Santa Fe, Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni, p. 122-123.
- Molina, G. J. (2014). *Delitos de Omisión Impropia* (1ª edición ed.). Santa Fe, Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni, p. 123-124.
- Molina, G. J. (2014). *Delitos de Omisión Impropia* (1º edición ed.). Santa Fe, Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni, p. 123-124.
- Molina, G. J. (2014). *Delitos de Omisión Impropia* (1ª edición ed.). Santa Fe, Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni, p. 125-126.
- Molina, G. J. (2014). *Delitos de Omisión Impropia* (1ª edición ed.). Santa Fe, Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni, p. 61.
- Molina, G. J. (2014). *Delitos de Omisión Impropia* (1º edición ed.). Santa Fe, Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni, p. 71-74.
- Roxin, C. (2015). *Derecho Penal Parte General* (1ª edición ed., Vol. II). Alemania: Thomson Reuters Civitas, p. 765-766.
- Sanchez, J. M. (1996). Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código Penal. *Diario La Ley*, 1-8.
- Zaffaroni, R. E. (2006). *Manual de Derecho Penal parte general* (2ª edición ed.). Buenos Aires, Ciudad Autónoma, Argentina: EDIAR, p. 525.



Zaffaroni, R. E. (2006). *Manual de Derecho Penal Parte General* (2ª edición ed.). Buenos Aires, Ciudad Autónoma, Argentina: EDIAR, p. 455.

Zaffaroni, R. E. (2006). *Manual de Derecho Penal Parte General* (2ª edición ed.). Buenos Aires, Ciudad Autónoma, Argentina: EDIAR, p. 456.

