

# ASPECTOS HISTÓRICO-DOGMÁTICOS, POLÍTICO-CRIMINALES Y DE DERECHO POSITIVO EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN<sup>1</sup>

James Reátegui Sánchez<sup>2</sup>

## I. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-DOGMÁTICO. ESPECIAL REFERENCIA AL HECHO PRECEDENTE COMO POSICIÓN DE GARANTÍA.

### 1. Algunos antecedentes pre-dogmáticos.

En cuanto a los antecedentes históricos de la omisión podemos remontarnos a las reflexiones suscitadas alrededor de la filosofía antigua. En ese sentido, el concepto de omisión era entendido en relación a la existencia o inexistencia de la *nada*. Así, Parménides señalaba que del no-ser no puede hablarse siquiera en virtud del principio de que sólo el ser es; *la nada no es, no es posible que exista lo que no existe; los cuales creen que ser y no ser y no ser es lo mismo y no son lo mismo*.<sup>3</sup> Por su parte, en Roma, Cicerón (De fato, X) expresa: “Si esto es así, todo cuanto sucede, sucede por obra de causas antecedentes: si esto es así, todo sucede por obra del destino. Resulta entonces que por obra del destino sucede cuanto sucede”.

En otro contexto, en la filosofía griega, encontramos a Platón, que en su *Timeo*, sostenía que “Todo lo que nace, nace necesariamente por la acción de una causa, pues es imposible que algo pueda nacer sin causa”, admitió sin embargo el “ser del no-ser” y definió la *nada* como alteridad, es la alteridad del ser, esto es, la negación de *un ser determinado*, el ser *otro*”<sup>4</sup>. En el Derecho canónico, también el tema de la omisión fue abordado, pero desde la perspectiva de la causa de una omisión pecaminosa. Santo Tomás en la Suma Teológica (1.2.q.7, art.1, ad 1) disertaba extensamente al respecto, y a la pregunta referida a la naturaleza del *pecado* de comisión respondía que era una malicia positiva que *ex consequenti* induce la privación de la rectitud, mientras que, en el de omisión, su esencia consiste en una privación voluntaria, o pretermisión del acto mandado; de manera que el acto sólo puede constituir su esencia como causa o como ocasión de omitirlo, lo cual es

---

<sup>1</sup> El presente artículo tiene como base la conferencia realizada por el autor en el “XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología”, coorganizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y el INECIP, Octubre, 2003

<sup>2</sup> Abogado, egresado de la Universidad Peruana Los Andes de Huancayo (Perú). Alumno del Postgrado en la Carrera de Especialización en Derecho Penal. Universidad de Buenos Aires. Ayudante Docente en la Cátedra de Derecho Penal, del Prof. Dr. Edgardo Alberto Donna, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>3</sup> Citado por: FIERRO, Guillermo Julio; *Causalidad e imputación*, Buenos Aires, 2002, Pág. 341

<sup>4</sup> Citado por: FIERRO, 2002, Pág. 342

necesario para que la omisión sea voluntaria pues, si no lo fuera, la omisión sería pecaminosa, como no es aquel que omite lo mandado por un olvido invencible<sup>5</sup>.

Dejando de lado los antecedentes filosóficos, en el Derecho local prusiano de 1620, en unión con las Constituciones sajonas, se castigaba, por ejemplo, solamente a los enfermeros que dejaban morir a los enfermos confiados a su cuidado. También habría que mencionar a la *theresiana* de 1768 que en su art. 87,5, penaba a la madre que “por simple omisión hubiera causado la muerte de su hijo” con pena capital simple, sin empalamiento; en esta misma línea de pensamiento habría que ubicar al Código austríaco de 1852, que en su # 139, conminó la muerte de un niño por omisión con pena menos severa que si se hubiese causado por actos comisivos<sup>6</sup>.

En cuanto a los antecedentes jurisprudenciales, puede encontrarse a la prusiana, que a partir de 1800, ya afirmaba lo siguiente: “no existir duda de que el asesinato, igual que cualquier otro delito, puede cometerse mediante omisión de lo que la ley exige cualquiera”. Se ha dicho también que hasta antes de la Ilustración, sólo el parricidio (en la modalidad de infanticidio) podría cometerse por omisión, dando lugar a los numerosos supuestos de la madre que “mata” omitiendo los deberes de asistencia para con su hijo. Las legislaciones del siglo XVII, envueltos bajo la doctrina filosófica de Wolf, consideraron que junto a las acciones se comprendían también a las omisiones, pero siempre las penalidades para esta última era más benigna.

## **2. La visión retrospectiva de la omisión y su vinculación con las teorías de la acción: inicio de la teorización científica de los delitos de omisión.**

El período de iniciación del debate en torno al concepto de omisión, debe situarse en el último tercio del siglo XIX, en pleno auge del dominio del causalismo naturalista en la dogmática penal alemana, cuando el concepto de acción en la sistemática penal alcanzó su máximo componente causal en la obra de Franz Von Liszt. Los sistemas anteriores al causalismo, esto es, al concepto idealista de acción y de delito, propio de la escuela hegeliana, no planteaban problemas significativos en orden a la punibilidad de la omisión. Por que, en primer lugar, el concepto de acción se construye sobre la base de la *teoría de la imputación*. En segundo lugar, en él lo decisivo es la voluntad; la acción aparece como una exteriorización de la *voluntad moral*, noción en la que, desde luego, es posible estimar comprendidas las omisiones<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Citado por FIERRO, 2002, Pág. 345

<sup>6</sup> JIMÉNEZ DE ASUA, Luis; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, El delito, Buenos Aires, 1958, Pág. 391

<sup>7</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Montevideo-Buenos Aires, 2003, Pág. 4.

Como resumen estimo que la evolución histórico-dogmática del delito de omisión como modelo de imputación típica es, en otras palabras, la evolución que ha girado en torno a la teoría de la acción. No puede entenderse históricamente el concepto de omisión –y no debe entenderse en una acepción restringida sino en toda la amplitud de la palabra- sino hacemos alusión a su otro pariente conductual, del cual para algunos, derivó: de la acción. Es la acción la que resulta ser su principal referente de la omisión dentro de la sistemática jurídico-penal, históricamente concebida. Por ende, ésta evolución –que más adelante veremos que resulta ser una “involución” en algunos aspectos- de la omisión, no es más que la propia germinación que ha sucedido en la teoría general del hecho punible. En las líneas que siguen mostraremos algunas de estas etapas evolutivas en relación al delito de omisión.

### **2.1. En el sistema naturalista-positivista.**

Los fracasos de la teoría causal de la acción fueron fundamentalmente dos: el concepto unitario de acción no podía dar respuesta ni a la omisión ni a los delitos de mera actividad porque era un concepto excesivamente amplio<sup>8</sup>. En tal sentido, un problema gravitante que se presentó a la teoría causalista-positivista fue el tratamiento de los delitos de omisión, dado que su sistema de imputación era incapaz de explicar que un “no hacer” dé lugar a la configuración de un hecho punible. En el marco del naturalismo-positivista, -donde se gestaron las primeras concepciones sobre el *ser* de la omisión-, en la cual manifestaban que la omisión en el mundo exterior, era considerado una nada, era el no-ser. Sin duda, la pretensión de encontrar un concepto unitario y superior que pudiera comprender acción y omisión, era desde el momento mismo de iniciación de la dogmática del “injusto objetivo y culpabilidad psicológico” era un destinado de fracaso. Puede sintetizarse que el concepto causal de acción no estaba en condiciones de servir de base común a acción y omisión sino a costa de su valoración y de la consiguiente pérdida de su neutralidad valorativa, así como de su carácter prejurídico<sup>9</sup>.

Como se sabía que lo característico de la omisión era –y es- la ausencia de contar con una voluntad de poner en marcha un proceso causal de cara al resultado típico, no se encontró apoyos muy firmes en el concepto de voluntariedad, tan intrínseca a la idea de acción, pues el contenido de aquella (para entender cuál era efectivamente la intención del sujeto con relación al hecho cometido) pertenecía a una categoría dogmática distinta: a la culpabilidad. La omisión no encajaba en la descripción hecha Por Von Liszt, y por lo demás, implicaba, la imposibilidad de concebir dogmáticamente la omisión impropia o comisión por omisión. ¿Cómo el

---

<sup>8</sup> Así, ACALE SÁNCHEZ, María; *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, 2000, Pág. 48

<sup>9</sup> HUERTA TOCILDO, Susana; “Concepto ontológico o concepto normativo de omisión”, en: Prado Saldarriaga-Bojorquez Padilla-Solís Camarena, Derecho Penal. Parte General, (Materiales de Enseñanza), Lima, 1995, Pág. 576

lenguaje corriente, cómo el derecho, como la vida misma puede predicar la causalidad de las omisiones que, conceptualmente, no son causales? ¿Cómo se puede *cometer por omisión*, siendo así que por omisión sólo se omite, no se comete?<sup>10</sup>. La teoría causal de la acción tenía que encontrar soluciones satisfactorias a una realidad conductual distinta a los delitos comisivos. En consecuencia, para las soluciones se dieron varias alternativas.

Una de ellas fue la esbozada por Von Liszt, que era acudir a una construcción paralela auxiliándose en la doctrina de la **acción esperada**: la omisión es omisión de una acción esperada, y también en ella se da una voluntad (de no realizar el acto que se espera del sujeto), un resultado y una relación de causalidad entre ambos “análoga” a la que se da en los delitos de acción<sup>11</sup>. La teoría de la acción esperada rechaza un objeto prejurídico para el mandato, y liga la esencia de la omisión a la acción-no-realizada que es preciso representarse y suponer mentalmente para afirmar la existencia de una omisión<sup>12</sup>. *Omisión es, en general, la no realización de determinado hacer esperado. Omitir es un verbo transitivo. No significa no hacer, sino no hacer algo. Y por cierto, lo que era esperado, debido. De nadie podemos decir que haya omitido saludarnos, visitarnos, invitarnos, si no teníamos razón para esperar el saludo, la visita o la invitación*<sup>13</sup>.

Por su parte, Jiménez de Asúa apuntaba, que la acción *esperada, pensada*, no es la acción *exigida*; o mejor dicho, en el plano del acto no deben confundirse...la acción *esperada*, siempre que pueda ser exigibles, y no ejecutada, es lo que constituye la omisión que la ley pena...He aquí –continúa el autor- el motivo de que insistimos en hallar la base de las omisiones en la mera acción esperada que por no realizarse siendo exigida (antijurídica) el juez castigará como punible, una vez comprobada la culpabilidad<sup>14</sup>. Lo que se trata es de determinar cuál es la naturaleza jurídica de ese “algo”, que es precisamente una acción determinada.

Otro intento de solución de los causalistas fue intentar argüir que la “voluntaria contención de los nervios motores”, algo natural en el concepto de omisión, también se presenta para la acción causal (Beling). Este concepto de omisión se comprende en toda su dimensión al ponerlo en relación con el concepto de acción sostenido por el propio Beling, es decir, que acción es un movimiento corporal voluntario. La voluntad, como factor que distingue la conducta humana del acaso,

---

<sup>10</sup> VIVES ANTÓN, Tomás; “La comisión por omisión: comentario al artículo 11 del Código Penal de 1995”, en: XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, Pág. 298

<sup>11</sup> RODRIGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso; *Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 1992, Pág. 364

<sup>12</sup> Así, BACIGALUPO, Enrique; *Delitos impropios de omisión*, Bogotá, 1983, Pág. 79

<sup>13</sup> Citado por: ZAFARRONI Eugenio Raúl/ ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000, Pág. 384.

<sup>14</sup> JIMÉNEZ DE ASUA, Luis; “Los delitos de omisión”, en: Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, 1949, Pág. 333

constituye el elemento esencial. Ello permite agrupar acciones y omisiones, ya en el marco de la teoría de la acción, en una noción global de **comportamiento humano voluntario**<sup>15</sup>. Sin embargo, habrá que decir en contra, que tal noción global no coincide con las características definitorias de la acción, y que en todo caso, concretamente la “contención nerviosa” no es un aspecto causal, sino que el impulso volitivo ha consistido precisamente en omitir toda interferencia causal: causar la quietud, por ejemplo, no es causar una modificación<sup>16</sup>. La contención o distensión muscular tiene que ser criticado en la medida que por ej. la madre que quiere matar a su menor hijo, y para ello no le alimentación necesaria, no distendía ningún músculo si a la hora de no darle alimentación se dedica a coser.

Por otro lado, como fruto del pensamiento monista causalista, debe mencionarse *la posición de garante de la injerencia en los delitos de comisión por omisión*. El criterio de equivalencia en ésta –la mera conexión causal- constituye, en efecto, un cuerpo completamente extraño en la moderna teoría de las posiciones de garantía y, sin embargo, por razones de tradicionalismo, tanto la jurisprudencia y doctrina dominante siguen acogiendo dicha fuente, aunque sea en términos de limitación<sup>17</sup>.

También puede ubicarse otra solución, en el sentido por ejemplo que se dividió la teoría causal de la acción, según el tipo de solución que se buscaba buscada, en dos tendencias, que se dieron en llamar *sistemática categorial y sistemática teleológica*. La primera, partiendo de un concepto normativa y de un concepto general, el de acción, vinculó a éste los elementos restantes del delito. La segunda, pretendió partir de una idea finalista de la pena, sin deducir el concepto de delito de un concepto general de injusto delictivo, siendo su punto de partida el tipo penal<sup>18</sup>. Finalmente, además, resulta significativo considerar, que en el mismo marco del naturalismo-positivista, con relación al concepto de omisión, llamado también concepciones negativas, surgieron concepciones intransitivas y transitivas de omisión.

## **2.2. En el sistema causalista-valorativo.**

En el sistema causalista de corte valorativo también quería construir su modelo de imputación en base a todas las manifestaciones delictivas posibles (acciones y omisiones, dolosas e imprudentes), pero apreció una inconsistencia en su sistemática, por que concibieron a la acción como causal, y por tanto, no captaron la esencia de las omisiones que interesarían al Derecho penal, que como hemos

---

<sup>15</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*,... 2003, Pág. 25 y 26

<sup>16</sup> GOMEZ BENITEZ, José Manuel; *Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1988, Pág. 52 y 53.

<sup>17</sup> SCHÜNEMANN, Bernd; “*Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*”, traducido y anotado por Silva Sánchez, en: *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, Pág. 46

<sup>18</sup> BACIGALUPO, Enrique; *Delitos impropios de omisión*, Bogotá, 1983, Pág. 53 y 54

venido diciendo, se caracterizaban por la ausencia tanto de acción como de causalidad. Empero, puede decirse que ya se evidenciaba una existencia de un “deber de actuar” que daba inicio a los debates de la omisión, pero asimismo se aprecia incongruencias al tratar temas como los delitos imperfectamente realizados y la ubicación y naturaleza del dolo en los mismos. Se podía afirmar, para esta teoría, que en la omisión, efectivamente, existía una voluntad de omitir, de no realizar la acción mandada, pero no se podrá decir para efectos penales que esa voluntad consista en una voluntad de causar porque aquel sujeto no está interfiriendo en el curso causal hacia el resultado, es decir, es todo lo contrario.

En efecto, ya el mismo Radbruch sostenía que aquella trilogía: voluntad, hecho y causalidad se presentaba sólo en los delitos de acción, y que en los delitos de omisión era la negación radical de todos estos elementos por una ausencia de positividad ontológica, pues al decir de Vives Antón frente a la *equiparación* ontológica, que funde acción y omisión en una idea unitaria, se alza un *abismo* ontológico, que las separa inevitablemente<sup>19</sup>. En la omisión, entonces no existía una voluntad como hecho psíquico de corte mecánico (en sentido naturalista), pues el contenido de aquel era una cuestión a decidirse en la culpabilidad; con lo cual la acción humana casi no se diferenciaba de la acción de los animales, y tampoco era un hecho, pues no existía un movimiento corporal de carácter voluntario que produzca el resultado exterior, y ni mucho menos podría hablarse de causalidad como una transformación en el espacio y tiempo.

### **2.3. En el sistema finalista.**

Para el sistema finalista, las objeciones se centraron -al igual como en el causalismo-, en la omisión<sup>20</sup> y en la culpa, sobre todo en la culpa inconsciente, en los cuales el agente no dirige su accionar u omitir a la finalidad, situación también extendible para casos de dolo eventual. La teoría final, en líneas generales, consideró a la modalidad dolosa como “acción”, soslayándose a lo previsible (es decir, a la culpa). En cuanto al delito de omisión, el finalismo adoptó un punto de vista ontológico; es decir, pretende aprehender la estructura lógica-objetiva del ser del hombre, del actuar y del omitir, que determina el juicio subyacente a la norma y al injusto<sup>21</sup>. Empero, el propio Welzel, descubrió que el tema no era fácil, porque con el transcurrir del tiempo, ha ido variando su pensamiento en relación a la naturaleza de los delitos de omisión. En un primer momento considero que la

---

<sup>19</sup> VIVES ANTÓN, Tomás; “*La comisión por omisión: comentario al art. 11 del Código Penal de 1995*”, Cit., Pág. 302

<sup>20</sup> QUINTERO, María Eloísa; “*Omisión vs. acción. Responsabilidad por la conducta omisiva*”, en: Parma, Carlos; *El pensamiento de Günther Jakobs*, Mendoza, 2001, Pág. 293 apunta que en “... el ámbito de la dogmática de la omisión, los postulados finalistas significaron a nuestro entender un retroceso en el desarrollo del concepto de Acción, atento a que se volvió a plantear como insuperable la dicotomía entre omisión y acción, remarcando entre ellos diferencias sustanciales”.

<sup>21</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*,...2003, Pág. 42

omisión era un problema concretado en la voluntad, luego considero que la omisión era un problema de finalidad y causalidad potencial de la persona. Pero fue Kaufmann, quien hizo los mayores estudios de la omisión en el campo del finalismo.

### **2.3.1. La omisión como problema de la voluntad.**

Welzel, al hacerse la pregunta, ¿se puede decir, realmente, que alguien ha matado, lesionado, dañado, etc. por omisión?. Para ello respondió con la siguiente afirmación: “Para el concepto naturalista de acción la acción, según la cual la acción es una causación de voluntad, surgen de ello dificultades. ¿Cómo puede causar algo un hacer nada?. El problema es indudable para el naturalismo”<sup>22</sup>. “En verdad, -continúa el mismo autor- no se trata de un problema causal, sino de un problema de acción. La voluntad no es solamente una fuerza causal sino un factor de formación conciente del objeto del porvenir. Ella forma el futuro, no solamente en los rasgos que modifica positivamente, sino también en aquellos que deja libres. Porque la voluntad no es solamente un factor causal, sino un factor finalista, vale decir, formador conciente del objeto, su dominio de hecho comprende lo que deja acontecer. También ésta es su obra, en cuanto al respectivo campo de realidad estaba confiado en la vida social o a su formación finalista, si él fue garante para la formación del porvenir en el respectivo sector de la realidad”<sup>23</sup>. Luego, Welzel, centrandose en el tema de la omisión apunta: “Y entonces él no ha causado, por cierto, esa formación de realidad en el sentido causal-naturalista, pero sí ha sido un efecto, en el sentido de la formación finalista del porvenir, a través del medio de la omisión...Por cierto, la omisión no puede “causar” nada en el sentido naturalista, pero la voluntad como factor de una formación finalista del porvenir puede acarrear una formación determinada realidad a través del dejar acontecer las series de evolución confiadas a él”<sup>24</sup>.

### **2.3.2. La omisión como finalidad y causalidad potencial.**

Posteriormente, en esta nueva etapa, el finalismo elaboró, para armonizar el concepto de acción final con el de omisión, -pues la acción y la omisión de una acción son dos subclases independientes dentro de la “conducta” susceptibles de ser regida por la voluntad final- una *no finalidad* por una *finalidad potencial* y la *no causación* por una *causación potencial*, que no fueron más que confesiones de insuficiencia o falta de elaboración<sup>25</sup>. Es decir, que se acepta que la omisión en sí misma no puede existir, que verdaderamente sería una nada, con lo cual el

---

<sup>22</sup> WELZEL, Hans; *Derecho Penal. Parte General*, traducción de Carlos Fontan Balestra, Buenos Aires, 1956, Pág. 211

<sup>23</sup> WELZEL, 1956, Pág. 211

<sup>24</sup> WELZEL, 1956, Pág. 212

<sup>25</sup> Así, ZAFARRONI / ALAGIA / SLOKAR, 2000, Pág. 388

concepto de omisión sólo cobra vigencia en la medida que está referida a una determinada acción. Por lo tanto, Welzel, ha dicho que “...la omisión no es un mero concepto negativo, sino uno “limitado”: es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona). Omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción. Sólo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida”<sup>26</sup>. Para concretar su pensamiento describe un ejemplo: “Los habitantes de Berlín no pueden “omitir” la salvación de una persona que se ahoga en el Rhin. Omisión no significa un mero no hacer nada, sino un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta”<sup>27</sup>.

En todo caso, como para los delitos comisivos la finalidad debe ser actual, actualizada o ejercitada por la acción, en cambio, para los delitos por omisión la finalidad debe ser potencial (no-finalidad actual), por haber podido realizar una acción (no realización de una actividad final potencial), pero sin embargo, omitió. En segundo lugar, con relación a la causalidad, en la omisión ella tampoco podría ser causal como dirección de un curso causal, sino que, como máximo, consisten en la no interferencia de un curso causal. Esta última construcción pareciera ser que no reúne tantos inconvenientes que el primero. Gimbernat señala que la teoría final y causal coinciden en lo referente a los requisitos necesarios para exista una acción humana: no es imaginable que una actividad sea acción para la teoría causal y proceso natural para el finalismo<sup>28</sup>.

### **2.3.3. La omisión penal en la doctrina de Armin Kaufmann: la capacidad de acción.**

---

<sup>26</sup> WELZEL, Hans; *Derecho Penal alemán*, traducción de Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, Santiago, 1970, Pág. 277

<sup>27</sup> WELZEL, 1970, Pág. 277

<sup>28</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; “*La causalidad en Derecho penal*..”, en: ADPCP, Madrid, 1962, Pág. 551. No obstante, estas concepciones -continúa el autor español- “...*teniendo como base el mismo concepto de acción*, conduce a resultados diferentes, ello se debe al planteamiento fundamentalmente distinto del problema en ambas doctrinas: la teoría causal de la acción excluye del tipo de los delitos todo aquello que sea proceso natural; la teoría final de la acción separa del tipo de los delitos dolosos, además de los procesos naturales, todas aquellas *acciones* que no están dirigidos al resultado típico”. El mismo: *¿Qué es la imputación objetiva?*, en: Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1990, Pág.209. Señala que “...la teoría causal de la acción: la cualidad de acción estaba vinculada a que el autor hubiera querido algo (típico o extratípico), pues, también para el finalismo, la no persecución de, por ejemplo, el objetivo “matar”, únicamente excluía la presencia de una acción de *matar*, pero no la de cualquier otra clase de acción: el concepto *genérico* de acción del finalismo era, por consiguiente y en el fondo, el mismo del de la teoría causal de la acción”. El mismo: “*El sistema del Derecho Penal en la actualidad*”, en: Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1990, Pág. 169 . “A pesar de mis esfuerzos, no consigo ver ninguna diferencia entre ese concepto de acción y el mantenido desde siempre por la doctrina causalista, para la cual hay acción cuando se quiere *algo*, siendo “indiferente” lo que sea ese algo...”.



Definitivamente Armin Kaufmann fue el principal propulsor de la teoría de la omisión desde la perspectiva finalista que lo concebía como tercera forma de aparición del delito, junto a los delitos de comisión dolosa e imprudente. Fue este autor que introdujo un nuevo elemento en su concepto de omisión, para encontrar un elemento común con la acción: la capacidad de acción, pero solventado con un dato más: el aspecto intelectual. En otros términos, la capacidad de acción comprende una serie de elementos: a) Una *posibilidad física del actuar*, externa y objetiva (fuerzas físicas, habilidades, condiciones externas de realización de la acción), que se refiere al hecho de que una decisión de obrar en forma determinada “pueda ser realizada”; b) Una *capacidad de conducta final*. Esta abarca dos grupos de cuestiones: por un lado, la adopción de la decisión; por otro lado, el control del proceso que se ha puesto en movimiento<sup>29</sup>. Con el elemento de la capacidad de acción, la omisión obtiene un aspecto positivo, definiendo como “finalidad potencial” como no realización de un determinado acto por parte de aquel a quien le era posible dicha realización.

La capacidad de acción en el pensamiento de Kaufmann se cuestiona en la medida que por ejemplo, aquel sujeto maduro que no va con corbata a una fiesta de gala, *omite* ponérsela, pues éste tiene la concreta capacidad de realizar la acción de colocarse la corbata. Sin embargo, la capacidad de acción es un elemento importante en los delitos de omisión, pero no todo lo necesario, pues hace falta para hablar de omisión, que esa acción que se *podía* (aspecto ontológico) se hubiera *debido* también ejecutar (aspecto normativo de la omisión)<sup>30</sup>.

Sobre todo, desde un punto de vista crítico, es indiscutible, que dicha teoría no es adecuada como elemento base del sistema jurídicopenal, ya que no se acomoda a los delitos de omisión; pues, como el omitente no es causal respecto del resultado y por tanto no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final<sup>31</sup>.

#### **2.4. En la teoría de la acción social.**

Como en todas las teorías precedentes, el ansiado concepto unitario de acción y omisión para la construcción de una teoría del delito uniforme siguió siendo el tema central. En la teoría social de la acción se asumió por un lado, todo lo que es relevante jurídico-penalmente, es decir, tanto “hacer” como “omitir” -superando

---

<sup>29</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*,... 2003, Pág. 43

<sup>30</sup> GIMBERNAT, 1990, Pág. 184

<sup>31</sup> ROXIN, 1997, Pág. 240. LUZÓN PEÑA, 1996, Pág. 253. Este autor manifiesta que “...el concepto final de acción no se acomoda bien a la estructura de los delitos de omisión propia, pues en ellos por definición no hay control o supradeterminación final de un curso causal. Y en efecto, una parte de los finalistas (como *Armin Kaufmann* o *Stratenwerth*) rechazan por esa razón que la omisión sea una acción final, que sólo se daría en la actuación positiva; en cambio, otra parte, como el propio *Welzel*, cree que hay un supraconcepto, la conducta que engloba tanto la actividad corporal como la pasividad sometida a la capacidad de control final por la voluntad”.

así la crítica de Radbruch- y, por otra, el de asumir otro concepto que excluya todo lo que no es relevante<sup>32</sup>. Como puede observarse, los desarrollos teóricos de la concepción social de la acción pronto encontró un concepto unitario en la cual pudieran albergar acciones como omisiones y, que todas las modalidades conceptuales u subjetivas se pueden caracterizar sin esfuerzos como fenómeno de interacción social, entonces se reconocía un supraconcepto de acción y omisión, siempre que la conducta sea socialmente relevante. Huerta Tocildo, por su parte entiende, que para saber qué omisiones son “socialmente relevante” hay que acudir al terreno del injusto, el concepto de acción pierde su carácter previo y, con él, su aptitud limitadora y clasificatoria. No se ve entonces la necesidad de un concepto básico y unitario de acción, pues no aporta éste nada que no pueda solventarse a través del concepto de *acción típica*<sup>33</sup>.

Este concepto de acción lo que hace es trasladar una problemática de la tipicidad a nivel de la acción (pre-típico) que puede manifestarse de todas formas delictivas, tanto en las modalidades conductuales como en las imputaciones subjetivas. En la modalidad omisiva puede manifestarse una determinada inactividad frente a una determinada expectativa de acción (que no necesariamente ha de fundarse en el Derecho), a condición, también, de que concurra la posibilidad de conducción<sup>34</sup>. Desde esta perspectiva, la omisión para ser considerada como acción humana “...lo único que importa es la conducta (voluntaria) realizada, no su significado social –y en su caso jurídico- es decir, no la conducta no realizada y debida, que es lo que le da a la primera el carácter o cualidad de conducta omisiva”<sup>35</sup>. Por eso, esta teoría, utiliza el término “conducta” ya que abarca a la acción activa y la omisión. La acción y la omisión representan –no así en el aspecto ontológico- contrastes, si se las considera *normativamente*, pero no son incompatibles, sino tan sólo manifestaciones distintas de la conducta llevada por la voluntad.

### **3. Sobre el pensamiento de la injerencia en perspectiva histórica.**

No existe discusión alguna que la denominada injerencia o el actuar previo peligroso como forma de establecer una posición de garante y con ello motivar una posible imputación a título de omisión impropia, nos vino importado desde la doctrina alemana, empero la cuestión está en establecer concretamente a quién se le atribuye su origen histórico en el pensamiento jurídico-penal. Para unos, la injerencia nace ya en el primer tercio del siglo XIX, formulada en primer lugar para

---

<sup>32</sup> BUSTOS, Juan; “La evolución de la teoría del delito”, en: Prado Saldarriaga / Bojorquez Padilla / Solís Camarena, Derecho Penal. Parte General, (Materiales de Enseñanza), Lima, 1995, Pág. 221 y 222

<sup>33</sup> HUERTA TOCILDO, “Concepto ontológico o concepto normativo de omisión”, cit, Pág. 589

<sup>34</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen Primero*, traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, Pág. 296

<sup>35</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, Madrid, 1996, Pág. 260.

casos determinados<sup>36</sup>; otros en cambio, atribuyen a que la teoría formal de las posiciones de garantía como la obligación de actuar basado en la ley y el contrato, la incorporación de los casos de injerencia es posterior y sólo pudo encontrar un fundamento que permitiera afirmar su equivalencia con la acción mediante la “teoría de la causalidad de la acción ejecutada en lugar de la omitida” de Luden, pues ésta afirmaba que la acción positiva realizada en lugar de la impuesta por el orden jurídico era la causa del resultado (teoría del *aliud agere*)<sup>37</sup>. Para otros, la germinación de la injerencia se encuentre en los inicios del siglo XX, concretamente a partir de la obra de Stübel en 1928, quien consideraba que en el caso de que una persona colocase a otra en una situación de riesgo de la que no pudiera ésta última salir sin la ayuda de aquella, surgía para el causante del peligro un deber de actuar en evitación del resultado<sup>38</sup>. Finalmente, están quienes atribuyen su origen de la *ingerenz*, a Nagler, quien la utilizó en 1938<sup>39</sup>.

En el proceso legislativo argentino se tuvo en cuenta que una de las fuentes de garantía podría ser la actuación precedente o la injerencia, así tenemos el Anteproyecto de 1960 aludía en su art. 10 lo siguiente: “*a quien tenga por ley, obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; a quien con su comportamiento precedente creó el riesgo, y a quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado*”. Asimismo, el Proyecto de 1973, en su art. 14, decía así: “*le incumbía el deber jurídico de cuidar que ese resultado no se produjera o cuando el riesgo que originara el resultado se hubiera creado con su comportamiento precedente*”. El Proyecto de 1979 consignaba en el art. 10 que el “*deber de obrar incumbe a quien tenga una obligación especial de cuidado, protección o vigilancia derivada: a) de la ley; b) de un contrato; c) de una actuación precedente que comporte la asunción unilateral de alguna de aquellas obligaciones; d) de una actuación precedente que haya creado el riesgo inminente de que ocurriera el resultado*”. Como puede apreciarse el legislador se había adherido a las teorías formales de la posición de garantía (ley, contrato y actuación precedente), teniendo como característica que los proyectos legislativos aludidos tenían como intención la regulación expresa de la omisión impropia desde la Parte General y no desde la Especial.

Al margen de su nacimiento como posición de garantía, b bierto es que sirvió durante mucho tiempo para cubrir las lagunas de casos de omisión que aparecían como mercedores de pena y en los que la teoría de la acción no podía apoyarse en

---

<sup>36</sup> Así, STRATENWERTH, Gunter; *Derecho Penal. Parte General, Hecho Punible I*, traducción de la edición alemana de Gladys Nancy Romero, Buenos Aires, 1999. Pág. 296

<sup>37</sup> BACIGALUPO, Enrique; “*La regulación de las conductas omisivas en el nuevo Código penal*”, en: Buompadre, Jorge Eduardo (Dir. y Coord.), *Derecho Penal y Procesal Penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez*, Buenos Aires, 1997, Pág. 23 y 24

<sup>38</sup> HUERTA TOCILDO, Susana; “*Injerencia y art. 489, 3, CP*”, en: ADPCP, Madrid, 1985, Pág. 41, nota 11.

<sup>39</sup> RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo; «*El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la injerencia*», ADPCP, Madrid, 1973, Pág. 511

las consideraciones y soluciones “clásicas” que ofrecían tanto la ley como el contrato. Los deberes dimanantes de un actuar precedente sería un problema parcial de uno mucho más genérico de la equiparación de la omisión y la acción positiva.

## **II. OPCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DE INCORPORAR Y DISEÑAR CONDUCTAS TÍPICAS OMISIVAS (IMPROPIAS).**

### **1. Aspectos introductorios: Sociedad, Estado y delitos de omisión.**

Si queremos realizar una crítica seria y profunda a los delitos impropios de omisión, ésta tendría que hacerse desde una perspectiva global, que no es otra casa, que desde la perspectiva política criminal, que más que un concepto meramente complejo, es también un concepto problemático. Lo que sí es claro, que la política criminal es una parcela de la política jurídica del Estado, la que a su vez es parte de su política general<sup>40</sup>. Ahora, en cuanto a sus modelos más avanzados, la política criminal, como noción de género, es una totalidad más vasta y compleja de la especie “política penal”<sup>41</sup>. En consecuencia, política criminal significa la

<sup>40</sup> HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 1987, Lima, Pág.58

<sup>41</sup> Así, BARATTA, Alessandro; “*La política criminal y el Derecho penal de la constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales*”, traducción de Mariela Pérez Lugo y Patricia Chiantera, en: NDP, 1999-B, Pág. 400. Por tal motivo, cuando se habla de política criminal la ciudadanía parte de una premisa equivocada, pues tradicionalmente se ha entendido, casi sin dudarlo, en el sistema punitivo. Tenemos que precisar que política criminal, como se sabe, se encuentra inserto dentro de la política general del Estado, y es el conjunto de decisiones y estrategias que el estado proyecta para reaccionar frente al fenómeno criminal y así preservar los bienes jurídicos, agotando las vías de control social informal y formal-jurídicos extrapenales, de ahí que se diga con suma insistencia que la mejor política-criminal es una buena política social (educación, sanidad, empleo, etc). Al respecto, PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *Política criminal peruana*, Lima, 1985, Pág. 8 sostiene que el análisis político criminal “...implica la indagación cognoscitiva de la trayectoria y tendencia de la reacción estatal frente a la criminalidad para, luego, discutir la idoneidad de sus objetivos, metas, estrategias y acciones mediante la prudente evaluación de los resultados obtenidos en el control y prevención del delito”. Valga la aclaración, que las medidas políticas criminales no sólo es competencia del legislador en plasmar en la ley penal el diseño de la misma, sino de las otras ramas del poder público como del ejecutivo como es obvio, bien sea en su condición de legislador “extraordinario”, reglamentando, materializando sus funciones “ejecutivos”, entre otros ; y el poder judicial mediante el procedimiento de un determinado fallo. En cambio “La política Penal se compone por todas aquellas estrategias que se valen del control penal para alcanzar las metas del Estado”. En otras palabras, la política penal significa prevenir delitos a través de la pena, que debe ocupar el último lugar en los planes políticos-criminales del Estado (prevención del delito en general). Quizá no esté de más, poner de relieve que a mi entender, esta susceptibilidad a la protección penal se debe que el *jus puniendi* es generador de seguridad en la ciudadanía; de esto se colige que en el Perú, por ejemplo, no haya una política criminal coherentemente definida. Solo está reducido a una política penal superficialmente improvisada. VON LISZT definía a la política criminal como “la idea fundamental de los principios sobre la lucha contra el delito en la persona del delincuente llevada a cabo mediante la pena”; MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, Pág.16 sostiene que la política criminal es “...aquel sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia: se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad.”. Por su parte, BACIGALUPO, Enrique; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Santa Fe de Bogotá, 1989, Pág.24 sostiene que los postulados de la política criminal sirven entonces de criterios de decisión respecto de los sistemas dogmáticos para la aplicación del Derecho penal. En la doctrina peruana: VILLA STEIN, Javier; *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 1998, Pág.51 sostiene que la

adopción de estrategias de control de los hechos (considerados) socialmente dañosos y que, en el marco del respeto a la libertad y dignidad de la persona humana, vengan inspiradas por criterios de racionalidad y eficiencia<sup>42</sup>. La propia definición de cuáles son las infracciones penales que constituyen competencia exclusiva de la política criminal: cuántas son las conductas que cabe racionalmente calificar como delictivas, son las interrogantes que debe plantearse con antelación. Y ello, no sólo en cuanto a la relativo a qué bienes jurídicos merecen y precisan de protección penal, sino también en cuanto a qué clase de conductas describen riesgos penalmente relevantes: tentativas, hechos imprudentes, hechos en comisión por omisión<sup>43</sup>, y también su relevancia en las decisiones de normas procesales para encausar la protección de dichos bienes y los riesgos que generan<sup>44</sup>. Planteada así la cuestión, la valoración en torno a lineamientos político-criminales concerniente a la responsabilidad penal por omisión, y como en cualquier categoría jurídico-penal, no cabe, a mi entender, la menor duda. Ahora bien, el tema está en determinar el aspecto temporal de la realización del examen, en la cual existen dos momentos cruciales: sería mejor en un momento anterior a la introducción de la figura dogmática en los textos penales, o sería mejor que sea realizada posterior a dicha incorporación, es decir, una vez perfilada los contornos legales por lo cuales recorrerá la interpretación y aplicación de la norma, en este caso, de la omisión impropia.

En este contexto, el profesor Novoa Monreal es de la opinión que no “...es posible razonar sobre política criminal adecuada sin haber esclarecido previamente lo que debe entenderse por delitos de omisión, sus diversas clases, la caracterización de

---

“...política criminal se compone del conjunto uniforme de criterios rectores de lo que se debe ser el fin del Derecho penal y de la pena en una sociedad determinada”.

Por otro lado, es necesario tener en consideración el doble objetivo de toda política criminal: en primer lugar, la necesidad del individuo y la de todos nosotros de estar protegidos, no sólo de los delincuentes que atacan contra nuestros derechos; y en segundo lugar, también tenemos que protegernos del poder punitivo estatal a fin de que respeten las garantías penales, en ese sentido es necesario ir definiendo los límites de su poder. Hasta se dice con frecuencia que estos dos objetivos son contradictorios, ya que cómo podemos estructurar un sistema penal eficaz, si es respetuoso de las garantías de las personas. Hay quienes piensan que un sistema penal es tanto más eficaz, mientras menos derechos y garantías reconoce. Pero no es cierto que los sistemas penales más duros, sean más eficaces en el control de la ciudadanía y no es verdad tampoco que los sistemas más liberales (por ejemplo Holanda, donde casi hay una semiabolición del Derecho penal), sean menos ineficaces, porque si algo ha probado la criminología contemporánea en todo el mundo es que no existe esa relación mecánica. En otro punto, relativo a los contornos de la política criminal, como concepto general y onmicomprensivo, es que debe tenerse en consideración varios factores para su correcto tratamiento: el modelo de Estado (democrático, autoritario, etc.) que rige en un país, el modelo de sociedad que se pretende controlar; el modelo de política que se pretende ejecutar, y las condiciones que pretende la ciudadanía con tal o cual política criminal.

<sup>42</sup> MOCCIA, Sergio; “*Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente*”, traducción de F. Javier Melero Merino, en: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Barcelona, 1995, Pág. 82

<sup>43</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; “*Reflexiones sobre las bases de la Política Criminal*”, en: Estudios Penales, Lima, 2000, Pág. 191

<sup>44</sup> En este sentido: BINDER, Alberto M.; *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio (para auxiliares de la justicia)*, Lima, 2002, Pág. 22

cada una de éstas y los problemas teóricos que presentan. Creemos que sólo ahora podemos ocuparnos de la política criminal”<sup>45</sup>. Evidentemente los problemas que enfrentan los delitos de omisión, pasan por definir previamente su contenido, en otras palabras, si es de carácter formal (criterio normológico subyacente a los tipos penales) o si constituye un contenido material (de salvaguarda de bienes jurídicos tutelados) o si son, en todo caso, criterios que se superponen. Solo un juicio de valor que explicara estas cuestiones estará en condiciones de servir como modelo o sistema de imputación de corte racional; en esa medida, solo desde una perspectiva material será capaz de aprehender la verdadera realidad político-criminal de la omisión.

En consecuencia, tal realidad social es por ejemplo lo que explica que en un Estado Liberal, el concepto de omisión aparezca como un fenómeno de la realidad que tiene poca o mínima relevancia, por que, los ciudadanos parten del principio rector de “libertad” en sus actuaciones, en la cual aparece limitada sólo por la obligación de no atacar las posiciones de interés de los demás. En un marco organizativo así planteado, la responsabilidad omisiva constituye solamente la excepción (*Principio liberal de no injerencia del estado y protección negativa*)<sup>46</sup>, imbuidos por la afirmación e ideología consignada (art. 5) de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que elaborara la Revolución Francesa de 1798. En idéntico sentido se muestra la Constitución Nacional de Argentina (art. 19, última parte), cuando dispone que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. De dicho enunciado puede colegirse que la regla en materia prohibitiva, en un contexto de libertad del hombre, son las formas comisivas, y la excepcionales serán las omisivas.

En el Derecho penal del Estado del bienestar y policial del siglo XVIII se podría decir que existía una excesiva injerencia por parte del Estado en la autoderminación de los ciudadanos, en el sentido que era tarea primordial del Estado, el de inculcar determinadas medidas preventivas de evitación de hechos delictivos en la vida cotidiana. En tal sentido, se imponía normas jurídicas de carácter imperativas que lindaban más con el aspecto moral que con las reglas del Derecho penal, donde en más de una ocasión se cuestionaba la legitimidad de dichas normas; así las cosas, entonces, se tenía por ejemplo que “ayudar al prójimo”, “ser un buen vecino”, y su incumplimiento daba lugar a una mera omisión en resguardo precisamente de esos intereses, ya sean personales o colectivos.

Como es sabido, la ciencia penal del siglo XIX dominado bajo el ropaje del causalismo-positivismo, la imputación del resultado supone ineludiblemente que

---

<sup>45</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo; “*Los delitos de omisión*”, en: DP. TPCP., N° 6, Buenos Aires, 1983, Pág. 47

<sup>46</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión...*2003, Pág. 181

haya sido causado por el autor. Esta idea obviamente no solo tenía que ser regido para el delito de comisión sino también era exigencia para los delitos de omisión. Luego de la transformación del Estado de policía hacia el Estado social del siglo XX, se retrocede en parte a la noción del Estado policial y bienestar, con lo cual produce un aumento de la responsabilidad de los propios justiciables, y en virtud de ello, se percibía un mayor reforzamiento de iniciativa de las personas en función a ejecutar activamente ayudas a los prójimos y además de seguir siendo un “buen vecino”; y por otra parte, se observaba una distensión de las tradicionales meras omisiones para pasar a otro nivel o categoría de infracción, esta vez desde la vertiente jurídico-penal, dando nacimiento a los llamados delitos de omisión propia o pura. Que en el pensamiento de Maurach/Gössel/Zipf lo mismo podría constatar de la evolución del delito impropio de omisión: antiguamente todo cónyuge debía proteger todos los bienes jurídicos que se pudiera llegar a lesionar; hoy día esta concepción -aun viva en la jurisprudencia- ha sido abandonada en gran medida por la ciencia<sup>47</sup>.

Sabido es que los contornos de la política criminal está relacionado con el modelo de Estado y Sociedad donde se pretende llevar a cabo la misión “política” de organizar la materia delincencional. En tal sentido, en el Perú, según la Constitución Política (art. 43) es una República democrática, social, independiente y soberana, su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes. Esto es, para nuestro interés, el Estado peruano es en esencia un Estado de Derecho, donde el imperio de la ley es primordial en una Nación, esta es una concepción que pertenece al Estado liberal, que como habíamos dicho, prima la libertad del ciudadano; ahora nos interesa saber, qué modelo de Sociedad se tiene. En esta parte consideramos que el Perú, imbuidos en el mismo contexto de cualquier sociedad civilizada, se encuentra inevitablemente dentro del denominado “sociedad post industrial” cuya característica es la confluencias de riesgos en todas las actividades sociales. Asimismo, los deberes sociales de los individuos en el campo del Derecho supone la posibilidad de que se reconozcan o se impongan estos deberes por vía legislativa. Y en algunas situaciones de mucha trascendencia o ligados directamente al bienestar de la sociedad en general, puede ocurrir que el legislador penal tome la decisión de llevar a delante el cumplimiento de los deberes sociales, lo que significará que se van a establecer sanciones penales para quienes no la cumplan. Todo esto debe traer consigo un aumento de los *delitos de omisión*<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> MAURACH, Reinhart /GÖSSEL, Karl /ZIPF, Heinz; *Derecho Penal. Parte General*, 2, traducción de Jorge Bofill, Buenos Aires, 1995, Pág. 276 y 277

<sup>48</sup> En este sentido: NOVOA MONREAL, Eduardo; “*Alternativas y trances del Derecho penal de hoy*”, ADPCP, Madrid, 1978, Pág. 537

Como indica Silva Sánchez<sup>49</sup> la sociedad post-industrial, además de ser una sociedad de riesgos, es una "...sociedad de enorme *complejidad* en la que la interacción individual –por necesidades de cooperación y de división de trabajo funcional- ha alcanzado niveles hasta ahora desconocidos (...) Expresado de otro modo, las esferas individuales de organización ya no son autónomas, sino que se producen de modo continuado fenómenos –recíprocos- de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas. En Derecho penal, ello implica la tendencia hacia una exasperación de los delitos de comisión por omisión que incide directamente en su reconstrucción técnico-jurídica". El operador jurídico, abarcando tanto legislador como juzgador –especialmente para la tutela de bienes colectivos y económicos- debe tenerse en consideración dos aspectos que se complementan: por un lado, que la sociedad ahora no se caracteriza en función a la lucha de clases, sino en función a la producción de riesgos, donde por ejemplo la realización típica por omisión, como modelo de imputación, debe tratarse con instrumentos dogmáticos acorde con la realidad contextual: posición "peligrosa" del garante, dolo de "peligro", tentativa; y por el otro, que la concepción de Estado que prima formalmente es uno de corte liberal, donde también la realización típica por omisión pierde protagonismo como forma de tutela de bienes jurídicos.

En resumen, los modelos de Estado y Sociedad y las aspiraciones de sus habitantes, condicionan, en alguna medida, a los modelos de imputación de una sociedad. En esta misma perspectiva de que los razonamientos de corte "político" sean anteriores o previos a la incorporación de cualquier figura dogmático-penal, debe estimarse que si tenemos como premisa que las incriminaciones de conductas llevadas a cabo en la Parte Especial o en las legislaciones complementarias significa, en otras palabras, el reconocimiento del "fracaso" de una determinada política social. Desde esta perspectiva, la omisión impropia debe entenderse como el resultado de cambios de estrategia en el sistema de incriminación tradicionalmente vinculados a delitos comisivos y omisiones propias, este razonamiento que no es otra cosa, que la misma sociedad pretenda dotarse de mecanismos eficaces que aseguren niveles mínimos de estabilidad social (tutela de bienes jurídicos), con lo cual cobra relevancia las formas de control social<sup>50</sup>. El término control social, que proviene de la sociología norteamericana, puede ser

---

<sup>49</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, Pág. 23

<sup>50</sup> El control social puede a su vez ser informales e formales. Uno de los mecanismos formales por los que canaliza el control social es indudablemente el Derecho, entonces cuando el proceso de institucionalización se perfecciona por existir un mayor grado de formalización en la imposición y ejecución, hablamos de un ordenamiento jurídico. Y dentro de este se encuentra algunas instancias y acciones organizadas por el Estado que están orientadas a declarar algunos comportamientos como delictivos y sancionarlo con una pena. Nos referimos al sistema penal entendido como el conjunto de esas instancias. Ahora bien, estimo que el sistema penal debe estar regulado bajo determinados principios rectores de política criminal positivizados en normas jurídicas, para limitarlo formal como materialmente, en el ejercicio de tan peligroso poder represivo del Estado, entre los que destaca el ampliamente conocido principio de legalidad para hacerla más previsible, controlable y corregible.



definida como la influencia que ejerce la sociedad sobre las conductas de las personas, que a su vez responde a las exigencias de poder de cada modelo social. Asimismo, debemos de tener en cuenta que el delito de omisión impropia, como vía de imputación penal, es una muestra también del fracaso en el sistema de la teoría del delito en su faz positiva. El delito de omisión impropia en el fondo muestra una contradicción entre el Estado monopolizador de la coerción penal y la libertad que debe gozar los ciudadanos.

## **2. Sobre la perspectiva política criminal y penal de las realizaciones típicas omisivas impropias.**

Se podría decir que la estructura típica de la omisión impropia, constituye un sentido de “sobre” criminalización de conductas, en tiempos que vivimos –al menos simbólicamente- una suerte de racionalización –minimalismo- del sistema penal en su conjunto; porque nunca antes, y con mayor intensidad, el Derecho penal viene fomentando un discurso confrontacional existente entre el criterio racionalizador del principio de mínima intervención o reducción del ámbito de acción del sistema penal y la necesidad de tutelar nuevos bienes jurídicos colectivos (por ej. el orden económico, libre competencia, medio ambiente, el sistema tributario, etc.) o de ultraproteger aquellos bienes jurídicos que forman parte del Derecho penal nuclear (por ej. vida humana, patrimonio, libertad, etc.) que le da un contenido criminalizador<sup>51</sup>.

En ese sentido, aunque parezca paradójico, si bien es cierto se ha descriminalizado (de jure) mediante el caso más conocido como es la destipificación, también lo es, que al mismo tiempo, se esté percibiendo una “inflación penal” o “hemorragia legislativa” producido por la tendencia antes mencionada; y al decir con Albin Eser<sup>52</sup> que por ejemplo en el Derecho penal ambiental avanza “...en dirección diametralmente opuesta a las demás tendencias políticas-criminales: mientras en otros ámbitos del derecho penal (como, por ej., interrupción del embarazo, criminalidad patrimonial de bagatela o restricción del alcance de la penal privativa de libertad perpetua) los signos son de clara liberalización y descriminalización, en materia de protección del ambiente ocurre totalmente lo contrario, avanzándose en una dirección criminalizadora”.

---

<sup>51</sup> Resulta oportuno traer a colación las palabras de GRACIA MARTÍN, Luis; “*Política criminal y dogmática jurídica-penal en España*” en: RPCP, N° 2, Lima, 1993. Pág.384, que alude: “...la intervención del Derecho Penal en determinados ámbitos se muestra excesiva en el vigente Código Penal español y ello es contrario según la opinión ampliamente mayoritaria en nuestra doctrina, a los principios de carácter fragmentario del Derecho Penal y la pena como última ratio”.

<sup>52</sup> ESER, Albin; “*Derecho Ecológico*”, en: Revista de Derecho Público, N 100-101, Año XI, Vol III-IV, Jul-Dic.,Pág. 641. De la misma manera: BELOFF; “*Lineamientos para una política criminal ecológica*”, Cit.,Pág. 149 y 150

En legislaciones penales como la Argentina donde por ejemplo no existe, en su Parte General regulación expresa, de determinadas instituciones, como el delito de omisión impropia. Por eso, Schöne, apunta que a “...diferencia de los códigos de otros países como el alemán, el español o la ley 1160 /97 –Código Penal de la República del Paraguay, el código argentino no dispone de una definición de los presupuestos de la punibilidad a la altura del desarrollo dogmático de la materia. Por eso, quien dictamina tiene que acudir muchísimas veces a la interpretación doctrinaria de reglas como el art. 34, inciso 1 del Código Penal (¿error de tipo?, ¿error de prohibición?) o directamente a reglas generales sobre, por ejemplo, la llamada “comisión por omisión”<sup>53</sup>.

Situación que no permite sostener que en la Argentina no exista aplicativamente el delito impropio de omisión. Por el contrario, la doctrina y la jurisprudencia penal focalizan ciertas figuras delictivas omisivas en la Parte especial (las llamadas “escritas legalmente”), donde determinados tipos penales establecen expresamente posición de garante. Por ejemplo, por tal motivo, se prefiere hablar de “tipos” omisivos impropios, y este a su vez pueden ser escritos y no escritos. En tal sentido, Zaffaroni/Alagia/Slokar sostienen con razón que “*Habiendo tipos omisivos impropios escritos, no se explica la razón por la cual deba existir una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos*”<sup>54</sup>. Desde luego, que ante tal apreciación no haría falta la incorporación de una cláusula en la Parte General, porque eso sí traería como consecuencia el planteo de la inconstitucionalidad de estos delitos. Entonces, en el Derecho positivo argentino, los delitos de omisión en general están clasificados de la siguiente manera: por un lado, aquellos regulados expresamente en la ley, como aquellos que se encuentran fuera de la misma. En la primera, estarían ubicados normalmente la omisión propia o simple (por ejemplo el art. 249 del CPa) y la omisión impropia tipificada (art.106 del CPa); en cambio, en la segunda, donde verdaderamente se encuentra el núcleo del problema de constitucionalidad, solamente estarían ubicados los delitos de omisión impropia “no escritos” o “no tipificados”, esto es, que se permitiría una ampliación de la punibilidad, en el sentido que las figuras delictivas de realización típica comisiva, como el homicidio, lesiones, estafas entre otros, admitirían, en principio, -por que los verbos típicos así lo impone- una realización omisiva impropia. De ahí también se desprende que en dichos sistemas jurídicos, la articulación dogmática de la omisión impropia sea una temática de tratamiento de manuales y tratado de la Parte Especial y casi ignorado en los de la Parte General.

---

<sup>53</sup> SCHÖNE, Wolfgang; *Técnica jurídica en materia penal*, Buenos Aires, 1999, Pág. 11

<sup>54</sup> ZAFFARONI / ALAGIA/ SLOKAR, 2000, Pág. 552. Estos autores asocian la idea de omisión impropia a la frase “tipos de impropios delitos de omisión escritos”, así por ejemplo ubican en la Parte Especial los siguientes artículos: 106 que puede ser calificado por el parentesco conforme al art. 107; 227; 235, 2do. Párrafo; 249; 239; 259; en cuanto a la tortura, se pena al funcionario que omitiese evitarla, art. 144, 4to.

Señala Jescheck que para los delitos de comisión, éstos deben ser modificados y complementados de tres maneras: En primer lugar, debe partirse de que los tipos de los delitos de comisión, pueden, en principio, llenarse mediante la no evitación del resultado típico, incluso si ello no aparece expresamente en la propia ley. En segundo, y puesto que cualquier persona no puede ser autor de un delito impropio de omisión, procede determinar con la ayuda de elementos especiales cuál sea el círculo de garantes que ha de tomarse en consideración como autores del delito impropio de omisión. En tercer lugar debe admitirse que el elemento de la causación del resultado por un hacer positivo puede sustituirse en el delito impropio de omisión por la no evitación de la producción del resultado<sup>55</sup>.

Sin embargo, es cierto que por ejemplo la regulación de la omisión impropia en el caso peruano se ha hecho mediante una Cláusula Cita ubicado en la Parte General (art. 13); dicha opción permite la siguiente interpretación: como es sabido, las disposiciones de la Parte Especial en su gran mayoría requieren ser complementadas por disposiciones de la Parte General. En esta línea de argumentación, la doctrina de la Parte general constituye desde siempre una extensión de la responsabilidad jurídico-penal, así por ejemplo la doctrina de la participación (inductor o cómplice) lo que realiza es una extensión en la conducta del autor, esto es a situaciones de hecho no dominadas por éste y además no contempladas en los tipos penales de la Parte Especial; otro caso sería en la tentativa, lo que realiza es extender la punibilidad a grados anteriores a la consumación típica, es decir en la etapa de ejecución del ilícito penal; con este mismo razonamiento, la doctrina de la omisión impropia lo que realiza es extender los modelos conductuales típicos (monopolizados por la comisión y la omisión propia tipificada) a situaciones y circunstancias no previstas en los tipos penales.

Ahora bien, toda esta atmósfera de sobre-criminalización que se respira al interior de tal sistema de imputación delictiva no es del todo convincente, porque el cuestionamiento a la pretendida sobre-criminalización de conductas que –supuestamente- padece la omisión impropia habría –y de hecho debería de ser así– que confrontarla en un contexto donde se respete ciertos principios de orden constitucional y penal. En otras palabras, si bien, como se ha dicho, la omisión impropia constituye una ampliación de la conducta delictiva y por ende se ofrece una excesiva injerencia punitiva por parte del Estado, también lo es que este sistema de “plus” imputativo debe operar paralelamente a través de un sistemas de garantías mínimas que la doctrina y la jurisprudencia han ido desarrollado a lo largo de este tiempo. En este contexto, la política criminal –donde está inmenso el modelo de omisión impropia legalmente elegido– asume también una función *garantística* de delimitación de la intervención punitiva estatal. Se viene así a dar la

---

<sup>55</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; “*Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*”, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, en: Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania”, Madrid, 1991, Pág. 84.

vuelta, en cierto sentido, a la concepción lisztiana del Derecho penal como infranqueable barrera de la política criminal, polaridad de signo opuesto que no toleraba una interacción recíproca<sup>56</sup>.

En tal sentido, ubicaremos nuestra crítica a aquel sector donde a mi juicio está el núcleo del problema, esto es, circunscrita a los niveles de “criminalización primaria”. Es decir, no es ninguna novedad hoy en día que el dar nacimiento dogmático a aquella estructura delictiva que permite castigar de manera si se quiere “indirecta” –por omisión– de ciertos resultados típicos, que en principio sólo están diseñados para su comisión activa, tal propósito permite sostener, que el lado omisivo de las conductas delictivas se sitúan dentro del marco de opción político-criminal que busca, luego de un adecuado y correcto procesamiento –más responsables o culpables y no por el contrario, buscar irresponsables o absueltos. Es evidente también, que los operadores judiciales no sólo realicen actividades puramente lógicas o cognoscitivas, sino que su labor constituya principalmente –y de ahí lo relevante– una instancia de reforzamiento político-criminal de carácter esencial<sup>57</sup>. En esa medida, no es que el Fiscal o el Juez van a acusar y condenar respectivamente de forma mecánica una conducta como modalidad omisiva sin previamente interpretarla, con base a través de los postulados dogmáticos proporcionado por la ciencia penal.

En otros sistemas jurídicos como Inglaterra, donde no existe una norma expresa que regule el delito impropio de omisión, la doctrina de ese país acepta de manera restrictiva para algunos casos como los paradigmáticos delitos de homicidio. El *cammon law*, indican Smith y Hogan, raramente sanciona omisiones, y parece que se ha considerado que la función del derecho penal era disuadir a los hombres de causar un daño positivo, dejando a la opinión pública, la religión y la moral realizar buenas obras. Y Williams señala que las omisiones seguidas de muerte pueden ser conceptuadas como asesinato u homicidio, aunque siempre es preciso la ausencia de un deber de actuar<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> MOCCIA, “Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente”, Cit., Pág. 82

<sup>57</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; “¿Política criminal del legislador, del Juez, de la administración penitenciaria?. Sobre el sistema de sanciones del Código penal”, en: Estudios de Derecho Penal, Lima, 2000, Pág. 250. Este autor agrega que: “...el juez valora y, al hacerlo, lleva a cabo una auténtica “política criminal”. Política criminal dentro del marco de la legalidad; política criminal conforme a las reglas de la argumentación jurídica; política criminal sometida a las reglas de tutela judicial efectiva y proscripción de la indefensión. Pero política criminal, al fin y al cabo. Que esta política criminal se realice en un marco de imparcialidad objetiva, no empece al hecho de que se prácticamente imposible que tenga lugar en condiciones de imparcialidad subjetiva (de modo libre prejuicios o precompensaciones, como se ha puesto de relieve por parte de la hermenéutica)”. El mismo, también: en “Observaciones sobre la relación entre Derecho constitucional y Derecho penal en España”, en: Revista de Ciencias Jurídicas, ¿Más Derecho?, Buenos Aires, 2001, Pág. 122 y 123

<sup>58</sup> Citado por TORIO LÓPEZ, Angel; “Límites político-criminales del delito de comisión por omisión”, en: ADPCP, Madrid, 1984, Pág. 693

Es menester advertir que la omisión impropia no constituye solamente un modelo “alternativo” en la conducta típica –junto a la comisión positiva y omisión propia-, eso sería reducir enormemente su capacidad de rendimiento a sectores netamente “típicos” a modo de un plan de descarte residual. La omisión impropia debe ser considerado todo un sistema de imputación autónomo en la construcción analítica del delito, con repercusión en todos los niveles de análisis, igual por ejemplo que la doctrina de la imprudencia o la tentativa. En este sentido, puede verse en los manuales o tratados modernos de Derecho penal, Parte General que la omisión impropia forma parte de un capítulo autónomo abarcando dentro de éste, categorías como la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad en perspectiva obviamente omisiva. Así las cosas, la doctrina de la omisión impropia, como cualquier categoría de la dogmática jurídico-penal tiene que estar rodeada de específicos condicionantes (objetivos y subjetivos), ya sea en los deberes objetivos de garantía, en el tema de la convertibilidad de hacer y no hacer, en el curso causal hipotético, en el componente subjetivo doloso o culposo, en el proceso o desarrollo del *iter criminis*, en la autoría y participación, en las causas de justificación y exculpación, entre otras cuestiones.

Ahora bien, el delito impropio de omisión no sólo cobra vigencia aplicativa, como comúnmente se ha conocido, en supuestos concretos de delitos clásicos, circunscritos a sujetos activos individuales y la tutela de bienes jurídicos personales. Como en otro lado he señalado<sup>59</sup>, la omisión impropia se ha convertido en pieza importante en los tribunales contemporáneos del orbe, sobre todo para la lucha frontal contra la delincuencia funcional y empresarial. En estos dos últimos ámbitos, es donde la dogmática penal está poniendo su máxima atención para imputar penalmente una conducta omisiva en el marco de una actividad empresarial, pero ese objetivo es cada vez más difícil por dos motivos puntuales: por un lado, en el sujeto activo existen una multiplicidad de personas ocupando cargos jerárquicos en diferentes niveles (ambigüedad en la posición de garantía), y por otro lado, ese mismo sujeto o sujetos tienen, ahora, un mayor compromiso de protección y vigilancia sobre los bienes jurídicos pues son de naturaleza colectiva, supraindividual (por ej. salud pública, ambiente, administración pública, etc.) con la consiguiente dificultad en la determinación de la lesión efectiva o puesta en peligro de dichos bienes jurídicos. Por eso, Silva Sánchez apunta que la “... responsabilidad por omisión, sometida en nuestro ámbito a precisas exigencias con vocación de aplicación restrictiva (sobre la base de la idea de la identidad estructural en el plano normativo con la comisión activa), se está transformando al aplicarse al ámbito de los delitos de empresa o de estructuras organizadas (como infracción del deber de vigilancia). Con lo cual dice el autor que “se acabe

---

<sup>59</sup> REATEGUI SÁNCHEZ, James; *El delito de omisión impropia*, Lima, 2002, Pág. 19

asimilando a las figuras, mucho más laxas, de la “*vicarious liability*” anglosajona o la “*responsabilité du fait d autrui*” francesa<sup>60</sup>.

### **III. UBICACIÓN SISTEMÁTICA EN EL DERECHO POSITIVO PARA LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN.**

Actualmente en el Derecho penal eurocontinental la incorporación del delito impropio de omisión, constituye un acierto porque permite estar acorde con las nuevas ideas que hilvana el pensamiento dogmático penal. En este punto, dice Torio López que este “...método es preferible al silencio legislativo sobre el problema, sobre todo porque elimina la fundamentación de comisión con arreglo a criterios morales o con base en un deber general, no específico de actuar establecido por el derecho”<sup>61</sup>. Es más, la Resolución del XIII Congreso Internacional de Derecho Penal de 1984, celebrado en El Cairo, sobre el Tema I: Delitos de omisión, exige en aras del respeto al principio de legalidad, una regulación legal del delito impropio de omisión situado fuera de la ley<sup>62</sup>, es decir que el mensaje está dirigido a aquellos ordenamientos jurídico-penales que no poseen expresamente la omisión impropia.

Estimo conveniente la incorporación de la figura de la omisión impropia en los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, también creo que no es el único inconveniente serio que tendrá que solucionarse, pues ahora –como segundo problema- será encarar una decisión importante, en el sentido: ¿qué ubicación –siguiendo la lógica y la tradicional división de los Códigos penales: Parte General o Parte Especial- será la más aconsejable para regular dicha figura?. Mejor dicho: ¿cuál será la mejor técnica o sistema de incriminación que respete los principios constitucionales?. En la doctrina comparada se registra tres posturas para el tratamiento punitivo de la omisión impropia, y son las siguientes:

#### **1. Posturas a favor de la Parte General.**

Esta tendencia postula concretamente que debería procederse a incluir una cláusula en la Parte General que reconociera la posibilidad de cometer los delitos tipificados en la Parte Especial. El Código Penal Tipo para Latinoamérica (en la reunión llevada a cabo en Sao Paulo, Brasil, de 1971), ubicó la regulación de la omisión impropia, en la Parte General (art. 12, pár. 2). Así, en la doctrina española quienes siguen esta línea son: Mir Puig<sup>63</sup>; Gómez Benítez<sup>64</sup>; Romeo Casabona; De

---

<sup>60</sup> SILVA SÁNCHEZ; Jesús-María; *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, 1999, Pág. 84

<sup>61</sup> TORIO LÓPEZ, “*Los límites político-criminales del delito de comisión por omisión*”. Cit., Pág. 698

<sup>62</sup> Citado por: JESCHECK, “*Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*”, Cit., Pág. 84

<sup>63</sup> MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, Pág. 302, nota 23.

<sup>64</sup> En este sentido: GÓMEZ BENÍTEZ, 1988, Pág. 585.

Vicente Martínez<sup>65</sup>; Zugaldía Espinar; Torio López<sup>66</sup>; Cerezo Mir; en la Argentina, Donna<sup>67</sup>. Se muestra crítico Tiedemann al considerar que en la comparación llama la atención que en la doctrina alemana de la Parte General, influenciada fuertemente por la filosofía y la teoría del derecho en las cuestiones fundamentales, se conforme con una regulación fundamental para admitir importantes cuestiones de punibilidad, como por ejemplo en la omisión impropia...Ante todo, precisamente la más legalista doctrina francesa, como es sabido, rechaza totalmente la comisión por omisión cuando no se encuentra expresamente regulada, en cuyo caso generalmente se prevé acudir a la imprudencia con el fin de evitar la impunidad<sup>68</sup>.

## **2. Posturas a favor de la Parte Especial.**

Esta postura entiende que debería legislarse los delitos impropios de omisión mediante la creación de un sistema de *numerus clausus* o catálogo cerrado de tipos específicos de omisiones impropias merecedoras de sanción, que estarían ubicados en determinadas figuras delictivas de la Parte Especial, guardando una cierta racionalidad en aquellos delitos donde verdaderamente se estime conveniente. Con la adhesión a esta postura no habría necesidad alguna de una remisión a un tipo de comisión (como referencia para la homologación), ni tampoco, a un cláusula en la Parte General. Una de las ventajas es que la regulación expresa en la Parte Especial no dejarían muchas dudas sobre el tema del conflicto constitucional (principio de legalidad) que padece los delitos impropios de omisión. En el Derecho positivo argentino, el legislador, en líneas generales, ha seguido con esta tendencia, pues en la Parte Especial se encuentran varias figuras delictivas, donde el comportamiento expresamente se comete por omisión impropia, sin posibilidad de admitir otra conducta.

En los demás supuestos, es decir, en los que no se encontrarían una tipificación expresa de omisión impropia relevante, de igual modo se seguirían sancionando en la Parte Especial, pero tal propósito se llevaría a cabo mediante una reinterpretación (respetando los métodos y técnicas correspondiente) de los tipos dolosos de comisión, injustos culposos de comisión y tipos propios de omisión redactados a gran amplitud. Todas estas posibilidades de realización típica serían la base objetiva originaria para parangonar a una omisión. Pueden mencionarse a

---

<sup>65</sup> DE VICENTE MARTINEZ, Rosario; *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente* (una contribución al estudio de la responsabilidad penal omisiva de los funcionarios públicos por delitos contra el medio ambiente), Madrid, 1993, Pág.25.

<sup>66</sup> TORIO LÓPEZ, “Límites político-criminales del delito de comisión por omisión”, cit., Pág. 698

<sup>67</sup> DONNA, Edgardo Alberto; Prólogo al libro de Gimbernat Ordeig, La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”, Buenos Aires, 2003, Pág. 8

<sup>68</sup> TIEDEMANN, Klaus; “Requisitos fundamentales de una regulación de la Parte General”. Traducción de Iván Meini Mendez, en: Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano, Anuario de Derecho Penal, Lima, 2003, Pág. 32 y 33

autores, con diferentes matices, que se adhieren a esta postura por ejemplo a Huerta Tocildo; Silva Sánchez<sup>69</sup>; Terragni<sup>70</sup>; Hurtado Pozo<sup>71</sup>. En sentido crítico se muestra Jakobs, pues considera que existe "...poca esperanza de que las dificultades de la determinación general de los deberes para la omisión impropia se puedan soslayar mediante regulaciones especiales en la Parte Especial, pues siempre que tal procedimiento se ha llevado ya a cabo, a saber, en los delitos de omisión propia semejantes a la comisión, el legislador no ha conseguido una determinación de la formulación que satisfaga el estándar de la Parte Especial más que en los supuestos concretos no problemáticos. Jakobs afirma correctamente que mediante el desplazamiento no se aclara ningún problema material<sup>72</sup>.

### **3. Posturas en contra de la Parte General y Parte Especial.**

Por último, están quienes piensan que no es necesario ni adecuado político-criminalmente una tipificación *exprese verbis* en la Parte Especial ni tampoco la inclusión de una cláusula genérica en la Parte General de los Códigos penales. Que la introducción de cualquiera de esos mecanismos reportaría más inconvenientes que ventajas. Como puede verse, la ausencia a una regulación de los delitos impropios de omisión se debe principalmente a causas de orden constitucional (concretamente en la legalidad de las conductas omisivas que no se encuentran incriminadas expresamente). No debemos olvidar que esta postura indica que tanto la acción positiva como omisión impropia resultarían de una correcta interpretación de los tipos penales –concretamente los *verbos típicos* responde a un sentido social (dando recepción también a una omisión cuando el resultado sea objetivamente imputable a su conducta) y no meramente causal- y dicha aseveración –como se dice- no responde a una analogía extensiva *in malam partem*.

---

<sup>69</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; "Aspectos de la Comisión por omisión. Fundamentos y formas de intervención. El ejemplo del Funcionario Público", Cit.; y precisando dicha postura reitera en otro trabajo la inconveniencia de su redacción porque generará un carácter expansivo de la criminalización de las omisiones. Así en "Política criminal y reforma legislativa en el delito de "comisión por omisión" (El artículo 10 del proyecto de código penal de 1992), en: Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal, Madrid, 1993, Pág. 1079. El mismo: *El Delito de omisión...*, 2003, Pág. 456. Sostiene, sin embargo, que la alternativa de *lege ferenda* debe ser la tipificación expresa en la Parte Especial de los casos de omisión en que ésta muestra igual merecimiento de pena que la comisión activa. Las inconveniencias de su regulación en la Parte General, puede dar, por su imprecisión, lugar, "...en el marco de una jurisprudencia como la española que, de momento, no se muestra *extensiva* en materia de comisión por omisión dolosa, a soluciones contraproducentes, fomentando prácticas que, afortunadamente, hoy no existen".

<sup>70</sup> TERRAGNI, Marco Antonio; "Omisión impropia y posición de garante", en: Buompadre, Jorge Eduardo (Dir. y Coord.), Derecho Penal y Procesal Penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez, Buenos Aires, 1997, Pág. 130 Este autor apunta que "Manteniéndolos en la ineludible dependencia de un tipo ya existente, la posibilidad de comisión por omisión depende de los particulares contenidos de cada una de las figuras delictivas. Los casos en que sería factible son. homicidio y lesiones; abandono de personas; algunos casos de lesión de la libertad e injurias; la estafa y algunas formas asimilables entre delitos contra la propiedad, así como la malversación de caudales públicos en la hipótesis del artículo 262 del Código Penal argentino".

<sup>71</sup> HURTADO POZO, 1987, Pág. 352.

<sup>72</sup> JAKOBS, Günther; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, 1997, Pág. 954



Como puede verse, esta postura se encuentra en líneas fronterizas con la postura anterior en el sentido, de admitir la convertibilidad de acción y omisión con base en la interpretación (judicial); sin embargo, la diferencia está en que ésta postura, ni siquiera reporta una tipificación expresa de omisión impropia en la Parte Especial, como sí lo hace la anterior. Esta postura, que prefiere guardar silencio, y por ende impunidad a las conductas omisivas impropias, simplemente no legisla ni en la Parte Especial ni en la Parte General. Este modelo lo constituye, por ejemplo, el Código francés, caracterizado por la ausencia de una regulación expresa en la Parte General. En la doctrina puede citarse a Jescheck<sup>73</sup>; Gracia Martín<sup>74</sup>.

#### **4. Toma de postura.**

##### **4.1. Cuestión preliminar: sobre aspectos generales de la dogmática jurídico-penal y su relevancia para las categorías de la Parte General.**

Antes de tomar posición en relación a las posturas planteadas, quisiera remarcar que estoy convencido que, para un análisis crítico de permanente elaboración y/o revisión, ya sea de *lege lata* (tal como el Derecho está) o de *lege ferenda* (tal como el Derecho debería ser) y de las distintas estructuras típicas incriminadoras, se hace necesario para ello tener una regulación expresa en un cuerpo normativo o, en su defecto, en leyes especiales o complementarias, pues para hacer dogmática (y ella jamás debería ser considerada como conclusión absoluta, sino como modelo para una mejor ordenación del estudio metódico del hecho criminal), el penalista o intérprete ha de partir ineludiblemente de la ley positiva.

Por otro lado, una de las actuales características de la ciencia jurídico-penal es que atraviesa por una etapa donde se percibe una mayor flexibilidad de los conceptos

---

<sup>73</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; “*Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*”. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. En: Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania”, Madrid, Pág. 84. Este autor sostiene que la regulación de la omisión impropia en la Parte General o Especial, ambas soluciones presentan insuficiencias. La cláusula general habrá de configurarse de modo más o menos general en la caracterización de las posiciones de garante, y la regulación en la Parte Especial complicará y dará pesadez a los preceptos penales, y dejará abiertas considerables lagunas de punibilidad.

<sup>74</sup> GRACIA MARTIN, Luis; “*Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España*”, en: RPCP, N° 2, Lima, 1993, Pág. 420, tiene un peculiar punto de vista, pues afirma que una “una correcta interpretación de los tipos de injusto de la parte especial permite deducir criterios normativos susceptibles de fundamentar una total identidad entre acción y omisión en la esfera de la tipicidad. Dicho criterio de identidad debe orientarse a la determinación del momento a partir del cual la acción y omisión constituyen comportamientos fungibles susceptibles de realizar lo injusto típico”. El mismo: “*Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)*”, en: Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, Madrid, 2001, Pág. 439.

dogmáticos que responde a la conjunción de dos tendencias contrapuestas<sup>75</sup>: la necesidad de mantener el pensamiento sistemático aun reconociendo los múltiples defectos del rígido sistema cerrado del delito y por otra, la influencia de la tópica, cuya principal peculiaridad se sitúa en la búsqueda de las soluciones más adecuadas al caso particular a través del pensamiento problemático. El encuentro de estas tesis ha dado nacimiento a una nueva visión teleológicamente orientado a un sistema "abierto" a consideraciones valorativas. En esta línea de pensamiento, Schünemann, denomina un sistema abierto para la ciencia jurídico-penal "de modo que el sistema no obstaculice el desarrollo social y jurídico, sino que favorezca o, al menos, se adapte a él, de modo que no prejuzgue de las cuestiones jurídicas aún no resueltas, sino que las canalice para que se planteen en los términos correctos; de modo que garantice orden y ausencia de contradicciones en el conjunto de problemas jurídicos que están resueltos, cada vez para largos períodos de tiempo"<sup>76</sup>.

Así, vistas las cosas, existe en consecuencia una profunda "reconstrucción"<sup>77</sup> del sistema de delito en función a parámetros metodológicos, y con el método dogmático<sup>78</sup>, pero a la vez la aceptación de diversas soluciones de corte axiológico a un mismo problema jurídico, la misma que no hace otra cosa que generar un ambiente de zozobra por la inseguridad e imprecisión jurídica que era precisamente lo que combatía el sistema cerrado, es decir en relación a los límites que impone la función garantista del Derecho penal. Ante tales inconvenientes, se

---

<sup>75</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia; "El enfoque teleológico-funcional en el sistema del delito: breves notas sobre su alcance garantístico", en: Quintero Olivares, Morales Prats, El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Navarra, 2001, Pág. 437 y 438

<sup>76</sup> SCHÜNEMANN, Bernd; "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal", traducido por Jesús-María Silva Sánchez, en: El Sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones Fundamentales. Madrid. 1991. Pág. 35.

<sup>77</sup> LAURENZO COPELLO, "El enfoque teleológico-funcional en el sistema del delito: breves notas sobre su alcance garantístico" Cit. "Y no es de extrañar que así sucediera porque la propia naturaleza del nuevo -claramente abierto a juicios de valor- necesariamente conduce a reconocer la relatividad de las "verdades" a las que puede aspirar la Ciencia jurídico-penal y a admitir, consecuentemente, la posible coexistencia de soluciones distintas y no por ello incorrectas para un mismo problema jurídico. Por eso puede sorprender que la creciente aceptación del sistema abierto haya dado paso a una profunda y renovada polémica sobre el enfoque que se considera más adecuado para orientar la construcción del sistema en cada una de sus diversas fases y elementos".

<sup>78</sup> En las perspectivas actuales de la "dogmática penal", -a la que se le ha dado una connotación peyorativa, o "ciencia del Derecho Penal", poco importa la denominación-, es producto de un proceso de consolidación que asume criterios sistematizadores para una mejor aplicación de las leyes penales a un caso concreto. VILLAVICENCIO, Felipe; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 1990, Pág. 29 expresa que la dogmática jurídico-penal "está encargada de formular reglas para la decisión jurídico-penal de un caso a un nivel de abstracción medio. Es pues, el estudio normativo o jurídico del delito; y con ella trabajan la ciencia del Derecho Penal y la jurisprudencia penal". Por su parte, ROY FREYRE, Luis; *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo I, Lima, 1986, Pág. 31 a 33 distingue entre "una etapa pre-científica del Derecho Penal, con otra etapa en la cual abarca desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta fines del siglo XIX. En esta trayectoria la producción científica consigue superar a la legislativa; y una última etapa donde todo lo cual se reintegra para conformar una armoniosa y subyugante construcción teórica que tiene sólidos cimientos en la legislación penal contemporánea".

percibe una evidente crisis en el sistema penal en general<sup>79</sup> y también en la dogmática jurídico-penal<sup>80</sup>, y para salvar –si se quiere– esta situación, la dogmática penal tendrá que ir más allá de la pura exégesis lógico-literal de las leyes, esto es, del análisis estrictamente jurídico de *lege lata del ius positum* (vía hermenéutica) para convertirse en una dogmática creadora o crítica. Por eso, como bien señala Muñoz Conde, “...la ciencia del derecho penal, si no quiere merecer el calificativo de “reaccionaria”, tiene que ser también una *ciencia “crítica” del derecho penal*, obligándose a la crítica del derecho penal vigente desde el momento que lo acepta como objeto de su investigación”<sup>81</sup>.

En ese sentido, entonces los grados de vinculación que ejercita el Derecho positivo, en las elaboraciones dogmáticas, tendrá que ser sustancialmente mínima, en la cual exista un margen de libertad para los operadores jurídicos para construir las diversas categorías y teorías explicativas, a partir de las correspondientes premisas axiológicas y criterios argumentativos. Ahora bien, el margen de libertad que pregonamos tendrá que moverse dentro del criterio y límite de una correcta discrecionalidad sin caer en la arbitrariedad. En consecuencia, no puede decirse que un determinado sistema positivo toma posición, por tal o cual postura de

---

<sup>79</sup> Véase, en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, Pág. 13 y ss. “La crisis, en realidad, es algo connatural al Derecho penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, immanente al Derecho penal moderno, surgido de la Ilustración y plasmado en los primeros Estados de Derecho... Sentado lo anterior, se hace preciso señalar que la mención de una crisis “contemporánea” pretende hacer referencia a otros fenómenos superpuestos a aquél (que es, por así decirlo, “estructural”). La crisis contemporánea a la que alude al autor, es una crisis de “legitimación”, asimismo, existe una crisis en la llamada “ciencia del Derecho penal” y también una crisis de “legitimidad epistemológica”.

<sup>80</sup> Se ha cuestionado básicamente su validez científica (epistemológica) que se pueden resumir en dos vertientes: primero se le reprocha su conceptualismo exageradamente abstracto que a la postre ha conllevado a una imagen y exposición de pura exégesis, literalmente positivista de la teoría del delito con un método deductivo-axiomático inservible para la solución de casos penales, en otras palabras distante de la realidad; y segundo, se ha cuestionado que es un sistema “cerrado” en el mundo formal de sus normas, es decir no acepta la colaboración de postulados provenientes de la Criminología, de la Política criminal, etc. Sin embargo, BUSTOS RAMÍREZ, Juan; “*Política criminal y dogmática*”, en: *El Poder Penal del Estado- Homenaje a Hilde Kaufmann*, Buenos Aires, 1985, Pág.113 sostiene que “En definitiva (...) no se puede hablar realmente de una crisis de la dogmática sino más bien de una revisión de los aspectos que ella debe considerarse en la elaboración de su contenido. Lo que ha llevado a superar el planteamiento dicotómico de la dogmática y política criminal y así evitar caer en una concepción de la dogmática como un sistema cerrado de verdades absolutas, para elevarse a un sistema abierto de conocimientos en continua profundización y reelaboración. Por su parte, HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 1987, Pág.59 después de deducir entre una “mala dogmática” vinculada directamente a un conceptualismo que se distingue por autoritarismo intelectual, su formalismo lógico y neutralismo axiológico, y una “buena dogmática” abierta a las ciencias sociales y a toda discusión de naturaleza axiológica, concluye este autor diciendo que esta distinción no es del todo correcta e impide, por el contrario, un claro planteamiento del problema.

<sup>81</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; «*Hacia una ciencia crítica del Derecho penal*», en : DP, N 5 a 8, Buenos Aires, 1979, Pág. 35. La función crítica de la ciencia del Derecho penal suele hacerse desde dos vertientes: lo jurídico y lo político. El defecto del primero es incurrir en un “juridicismo exacerbado”; el segundo, el de caer en un “sociologismo” del fenómeno criminal. La solución está –como plantea el autor español– en combinar ambos criterios, evitando los excesos unilaterales.

construcción o modelo dogmático, si precisamente ésta última avanza más rápido que la congelada ley positiva.

Por ejemplo, en el Perú, la jurisprudencia penal ha toma posición en cuanto al modelo conceptual para afirmar un hecho punible. La Sexta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, en el expediente 1281-97, precisa : *"Primero que conforme al artículo quinto del Código de Procedimientos Penales, la Excepción de Naturaleza de Acción procede cuando el hecho "no constituye delito o no es justiciable penalmente"; Segundo: que en el primer supuesto nos encontramos en el caso en el cual el hecho no resulta ser típico y dentro la teoría del delito, **versión finalista**, que es la del Código Penal vigente, sólo existe tipicidad cuando el hecho se ajusta al tipo, o sea cuando corresponde a las características objetivas y subjetivas del modelo formulado por el legislador, por lo tanto la tipicidad no está limitada solamente a la descripción del hecho objetivo –manifestación de voluntad y resultado perceptible en el mundo exterior –sino también la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución del tipo del delito, esto es la parte subjetiva, que corresponde a los procesos síquicos y constitutivos del delito (**dolo, culpa, elementos subjetivos del injusto o del tipo**)"*.

De la presente ejecutoria debemos inferir que la doctrina jurisprudencial admite que el Código Penal del Perú se adhiere a un sistema finalista, la cual consideramos que es error técnico, ya que una cosa son los métodos por los cuales el operador jurídico adopta para conseguir el alcance o sentido de una determinada ley (el intérprete puede ser un causalista o un finalista) y otra muy distinta, es el objeto sobre el cual recae dicha interpretación, que viene hacer ley positiva. Un ejemplo de ello, también, es la coexistencia en Alemania, con un mismo Derecho positivo (el previo a la reforma que entró en vigor en 1975), del causalismo y el finalismo, "...o más cerca, -dice Silva Sánchez- la coexistencia en España, con el vigente Código penal, de doctrinas que sostienen la sistemática causalista, de otras que se adhieren de modo más o menos ortodoxo a las tesis finalistas y, en fin, de obras impregnadas en mayor o menor medida de consideraciones teleológicas-funcionalistas"<sup>82</sup>.

Por otro lado, es cierto que el positivismo jurídico se encuentra superado ya desde varias decenios. Pero las miradas de la ciencia se siguen dirigiendo casi por entero a la interpretación del Derecho nacional vigente y a la respectiva codificación que le sirve de base<sup>83</sup>. Este Derecho positivo, que ha decir verdad, es la obra de

---

<sup>82</sup> SILVA SÁNCHEZ, 1992, Pág. 119

<sup>83</sup> HIRSCH, Hans Joachim; "¿Existe una ciencia del Derecho Penal nacionalmente independiente?", traducción de Miguel Angel Boldova Pasamar, en: Derecho Penal, Obras Completas, Tomo II, Buenos Aires, Pág. 41. En el prólogo para la edición española WELZEL, 1956, Pág. VII decía lo siguiente: "Es creencia errónea positivista la que supone que el derecho en su integridad es un producto del legislador; que el legislador puede administrar arbitrariamente la materia jurídica y que la dogmática jurídica es, por tanto, sólo la elaboración técnica de esta materia jurídica "causal".

legisladores de carne y hueso, que pueden ser pasibles de caer en contradicciones, olvidos, aberraciones por utilización equivocada de términos y muchos otros defectos en la elaboración legislativa. Es cierto también que hay que tener en cuenta, como si fuera ayer, aquellas famosas palabras del Procurador del Estado alemán Julius Von Kirshmann, cuando en 1847 (sobre la *ausencia de valor de la jurisprudencia como ciencia*), decía con gran elegancia que “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en papel viejo”, como para seguir perfilando la idea de la enorme influencia que ejercía –y ejercita actualmente- el Derecho positivo en la interpretación dogmática. Aunque ésta frase es mas cierta para la Parte Especial, campo preferido y “manipulado” por el legislador, que para la Parte General, que ha sido producto de varios siglos de evolución y de depuración sistemática. Además, la Parte General del Derecho penal, aporta más “seguridad jurídica” para una construcción dogmática bien desarrollada por los teóricos, bien asentada entre los operadores jurídicos y bien conocida por los destinatarios de las normas primarias, que cualquier determinación pretendidamente exhaustiva del legislador”<sup>84</sup>.

#### **4.2. A favor de la dogmática de la Parte General como receptora de los delitos impropios de omisión.**

En esta línea de pensamiento, me adhiero a la primera opción, esto es, a la postura de la Cláusula cita, ya que por razones, en primer orden, de política criminal, la determinación de la regulación de la omisión impropia en una única cláusula cita en la Parte General del Código penal, admitirá a su vez obtener una cobertura regulativa amplificadora en cuanto a la punibilidad para casi todos los tipos de la Parte Especial. La opción de considerar lo más conveniente para el tratamiento jurídico-penal de los delitos de omisión impropia, pasa –previamente- también por considerar cuál de las dos partes del Derecho penal sustantivo (Parte General o Parte Especial), es la más importante.

Para algunos críticos (y algunos con razón), por ejemplo no basta con conocer la Parte General para comprender cualquier figura delictiva, porque presenta, según el profesor Alfredo Molinario<sup>85</sup>, tres inconvenientes: Uno consiste en que cada delito tiene su propia vida, es decir sus problemas, su función, motivos, finalidades, es decir, que un buen manejo de la Parte Especial puede mostrar que la abstracción o la generalización tiene fallas. Otro, es que la mayor parte del material de la teoría del delito se obtiene mediante generalizaciones operadas a partir del delito de homicidio, sea porque justamente a él se refirió en detalle, sea también

---

<sup>85</sup> MOLINARIO, Alfredo J.; *Los Delitos*, I, Buenos Aires, 1996, Pág. 26 y 27. Este autor cita a Rober Vouin, que dice que en definitiva la Parte General “jamás llegará a enunciar precisamente en qué se distingue cada infracción tomada en particular, de todas las otras. Por el contrario, es tarea del Derecho Penal Especial definir cada calificación especial y concreta, primero en sus elementos constitutivos y después en sus consecuencias de derecho que se deriven”

porque tal figura resulte mejor para la enseñanza, y que todo el arsenal dogmático sea dependiente de tal figura. Y el tercero inconveniente es la marcada tendencia de algunas mentes ocupadas por los problemas de la Parte General a girar en el vacío. Así, por ejemplo, la tentativa, la definición de la misma aparece en la Parte General de los manuales y tratados, y hasta en el mismo Código penal, pero poco sirve, sino en tanto y cuanto se la aplique a cada figura. Hay un *typus* que es tentativa de homicidio; otro, tentativa de violación; tentativa de extorsión, etc.

Ahora bien, ello es cierto en la medida que sí, efectivamente, los instrumentos dogmáticos cobran aplicabilidad en tanto resuelvan problemas concretos de la Parte Especial. Hacia tal finalidad debería estar enfocada. Pero no comparto la tesis, en el sentido que se prefiera exclusivamente el conocimiento científico del Derecho penal, a quien solamente domina la “letra” del tipo penal de la Parte Especial. Lo que en todo caso debe existir, -y creo que no hay duda sobre ello-, es una interdependencia entre ambos saberes. Empero, creo que hay que resaltar algo en las elaboraciones dogmáticas, para no caer en el caos: una cosa es el lugar de tratamiento jurídico general y otra cosa, es el estudio detallado de las figuras delictivas. En consecuencia, existirán omisiones impropias de lesiones, omisiones impropias de estafa, etc. pero también debe existir un marco general que defina la omisión impropia, para a partir de allí volcarlo a cada realidad delictiva. Lo contrario, sería sostener, por ejemplo que en el delito homicidio, los tratadistas dejan expresa constancia que puede admitir la modalidad omisiva impropia, sin embargo, para los delitos contemplados en la legislación complementaria (así por ejemplo en la Ley de Residuos Peligrosos, Ley 24.051 o la Ley para la Violencia en Espectáculos Deportivos, Ley 24.192), se podrá aplicar la omisión impropia. ¿La ley penal prevé alguna opción?. ¿Los tratadistas han dicho algo al respecto?.

En esta línea argumentativa y, desde un punto de vista crítico, la opción de adhesión a la cláusula cita no está exenta de algunas interrogantes. Esta postura enfrenta concretamente el inconveniente de saber ¿a qué delitos concretos podrá aplicarse la convertibilidad entre una acción a omisión?; ¿también comprende a las faltas o contravenciones?; ¿a delitos de mera actividad, de peligro abstracto, de medios típicos determinados?; ¿también a delitos que protegen bienes jurídicos colectivos?. Lo que sí es seguro, donde sea su ubicación sistemática debe establecerse expresamente determinados parámetros restrictivos. Así, por ejemplo, la doctrina, casi unánimemente, ha dicho que sólo la convertibilidad funciona en aquellas estructuras típicas de la Parte Especial que sean de resultado lesivo. En el caso peruano, la regulación de la omisión impropia se realiza mediante una cláusula cita (art. 13)<sup>86</sup> y así parece ser la tendencia legislativa en el Derecho positivo comparado<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> **CP del Perú.**

**Art. 13°-** El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuere propio para producirlo; y

---

2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada.

<sup>87</sup> Así, podemos pasar revista a algunos textos punitivos:

**CP de Italia.**

**Ar. 40.-** "No impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de evitar, equivale a producirlo".

**CP de Alemania.**

**Parágrafo 13 del StGB** "(1) Quien omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una norma penal, sólo será punible de acuerdo con esta ley cuando haya de responder jurídicamente de que el resultado no se produzca y cuando la omisión se corresponda con la realización de un tipo legal a través de una conducta activa. (2) La pena podrá ser atenuada de acuerdo con el parágrafo 49.1"

**CP de Austria**

**Parágrafo 2 del ÖStGB** "Cuando la ley castigue la producción de un determinado resultado, será también punible quien omita evitarlo a pesar de estar obligado a ello en virtud de un especial deber que le impone el sistema legal vigente y siempre que la omisión de evitar dicho resultado sea equivalente a la realización de los elementos de un hecho comisivo penado por la ley."

**CP de Portugal**

**Art. 10.-** Cuando un tipo legal de delito contiene un resultado determinado, el hecho no sólo comprende la acción adecuada para producirlo, sino también la omisión de la acción apta para evitarlo, salvo voluntad diferente de la ley. La comisión por omisión del resultado solo será punible si el omitente tenía un deber jurídico personal que le obligaba a evitar ese resultado. En el caso del número anterior, la pena podrá ser especialmente atenuada."

**CP de Brasil**

**Art. 13.-** "El resultado del que depende la existencia del delito, solamente es imputable a quien le dé causa. Se considera la causa la acción u omisión sin la cual el resultado no se hubiera producido. 1.- Si sobreviene una causa relativamente independiente se excluye la imputación cuando, por sí sola, produjo el resultado; los hechos anteriores, sin embargo, se imputan a quien los practicó. 2.- Una omisión es penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar incumbe a quien: a) tenga por ley deber de cuidado, protección o vigilancia; b) de otra forma asumió la responsabilidad de impedir el resultado; c) con su comportamiento anterior creó el riesgo de producción del resultado."

**CP de España**

**Art. 11.-** Los delitos o faltas 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 equipará 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.

**CP de Colombia.**

**Art. 25.-** Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción y por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir el resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma pena. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1.- Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.

2.- Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.

3.- Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.

4.- Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

**Parágrafo.** Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atentan contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexual".

**CP de El Salvador.**

Además, es recomendable específicamente por dos puntos de vista: primero, desde el punto de vista de economía legislativa, pues basta con una sola cláusula ubicada en la Parte General aplicable para todos los supuestos, siguiendo la lógica de las demás categorías jurídicas amplificadoras de la punibilidad, como serían entre otros, la tentativa, las reglas de autoría (específicamente la mediata y coautoría) y participación criminal; y segundo, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, ya que en los casos para los cuales no se hubiera previsto y fuera necesaria, existiría una evidente laguna de punibilidad. Así, por ejemplo, no podría sustentarse que la tentativa, -como forma ampliada de captar (y punir) interrupciones de actos ejecutivos- o la complicidad, -que sería una ampliación del concepto de autor principal-, serían supuestamente auténticas analogías *in malam partem*, porque precisamente existen preceptos desde la Parte General (arts. 42 y ss, 46 respectivamente del CPa, y arts. 16 y ss. 25 del CPP) que legitiman la aplicabilidad de tales supuestos, además porque responde a la idea que el Derecho (en este caso penal) debe regular y adecuar todo su arsenal dogmático-conceptual, en la medida de lo posible, a todas las manifestaciones de comportamientos humanos disvaliosos para los bienes jurídicos; en este mismo razonamiento, la omisión impropia, respondería a una idea, si se quiere amplificadora, de las realizaciones típicas (comisión y omisión propia) de la Parte Especial, con las excepciones que se han hecho.

En consecuencia, si no se hubiera positivizado una cláusula general, sí se daría aval a una aplicación analógica *in malam partem o contra reo* que está prohibida, pues va contra del principio de legalidad. Con la ubicación sistemática en la Parte General, se terminaría, también, aquella obsoleta división dual de omisiones impropias legalmente “escritas” y “no escritas” (tales divisiones han hecho entender que la omisión sea una temática exclusivamente de la Parte Especial). Ahora, la “escrita” sería solamente la cláusula cita, y los tipos penales de la Parte Especial serían “parcialmente escritas de posibilidad de omisión impropia”.

## **VI. HACIA UNA REDIFINICIÓN DE UN TEMA PENDENTE EN LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA: EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL.**

---

**Art. 22.** El que omite impedir un resultado que de acuerdo con las circunstancias debía y podía evitar, responde como si lo hubiera producido. El deber de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; o quien con su comportamiento precedente creó el riesgo; y a quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado”.

### **CPdeEcuador.**

**Art. 12.** No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

### **CP de Paraguay.**

**Art. 15.-** Al que omite impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando: 1. exista un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado y, 2. este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente, tan grave como la producción activa del resultado.



## 1. El valor de la supremacía constitucional.

Como cuestión general diremos, -siguiendo a Badeni- que el “...principio de la supremacía de la Constitución impone a gobernantes y gobernados la obligación de adecuar sus comportamientos a las reglas contenidas en la Ley Fundamental, cuya jerarquía jurídica está por encima de las normas que puedan emanar de aquéllas” –agrega además- “La legalidad y estabilidad jurídicas que genera la supremacía de la Constitución, se expresa tanto en una supremacía material como una supremacía formal”<sup>88</sup>. Así pues, si los actos emanados de los demás poderes del Estado tuvieran la misma jerarquía jurídica que las normas y postulados constitucionales, la Constitución sería fácilmente infringida por los órganos institucionales (fundamentalmente, en nuestro caso, por el órgano jurisdiccional), a los cuales precisamente aquélla pretende limitar en su funcionamiento. La supremacía constitucional es receptada en la Constitución Nacional (art. 31) en los siguientes términos: “*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son ley suprema de la Nación;...*” Y en la Constitución Política del Perú, (art. 51) de la siguiente manera: “**La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...**”.

Los postulados o reglas constitucionales no deben –o no deberían- entrar en contradicción con las normativas legales, con actos procesales (por ejemplo una sentencia) o de autoridades competentes. Así las cosas, el Derecho positivo infraconstitucional opuesto a la Constitución, que es el plan maestro que programa, esquematiza y disciplina precisamente ese Derecho, es considerado como un Derecho inválido<sup>89</sup>. En tal línea argumentativa, el Derecho penal, como parte integrante de la producción jurídica estatal, también debe someterse a los postulados constitucionales, de ahí, como bien indica Zaffaroni, “...el saber del Derecho penal debe estar sujeto siempre a lo que informa el saber del Derecho constitucional”<sup>90</sup>.

Los problemas de constitucionalidad en el ámbito de los delitos de omisión impropia están referidos fundamentalmente con aquel principio que determina los supuestos de hecho y fija las consecuencias jurídicas, es decir, con el principio de

---

<sup>88</sup> BADENI, Gregorio; *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Buenos Aires, 1994, Pág. 127. Sobre la supremacía de la Constitución: LINARES QUINTANA, Segundo V.; *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Tomo I* Buenos Aires, 1976. FERREYRA, Raúl Gustavo; *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías*, Buenos Aires, 2001, Pág. 65 y ss.

<sup>89</sup> En este mismo sentido: SAGÜÉS, Néstor Pedro; *Elementos de Derecho constitucional, Tomo I*, Buenos Aires, 2003, Pág. 37. DE RUIZ, Marta V. ; *Manual de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1997, Pág. 127. Esta autora sostiene que “El principio de la supremacía llega entonces a la conclusión, de que las normas y los actos infractorios de la Constitución *no valen, son, inconstitucionales*”. (cursivas del texto original).

<sup>90</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; “*El marco constitucional iushumanista del saber penal*”, en: CDJP, N 9, Buenos Aires, Pág. 33. (cursivas del texto original).

legalidad. En lo que sigue analizaremos dos cuestiones puntuales como “derivaciones” del principio de legalidad: por un lado, que en la estructura de la omisión impropia son tipos abiertos, al igual que los delitos imprudentes; y por otro lado, esbozaremos una consecuencia inevitable, esto es, si la omisión impropia puede ser considerado una especie de aplicación analógica *in malam partem*.

## 2. Cuestiones generales del principio de legalidad.

El principio de legalidad<sup>91</sup> y de las consecuencias que de ella se derivan<sup>92</sup> fueron creaciones científica del jurista Feuerbach, sin perder de vista que dicho principio fue tomado originariamente de la Carta Magna de 1215 e iluminada bajo la filosofía racionalista de su época: el iluminismo. El principio de legalidad en otras palabras, consiste en el carácter *formalizador* que distingue el Derecho penal de otros medios de control social. Este principio implica elementalmente que ninguna sanción jurídico-penal se aplica si antes no esta establecida previamente como delito o falta<sup>93</sup>. Se refiere también a la certidumbre del ejercicio del poder penal, donde el Estado debe lograr lo que se llama “juego limpio”, el juicio previo y, por otra parte, el principio de legalidad<sup>94</sup>. Este principio, también se utiliza como sinónimo de *principio de reserva* (legal), en el sentido que el único que esta facultado

---

<sup>91</sup> Como es sabido, el principio de legalidad tiene consagración constitucional. La Constitución Nacional de Argentina lo estatuye en su art. 18 que a la letra dice: “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...*”. EDWARDS, Carlos Enrique; *Garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires, 1996, Pág. 77 afirma que este “...significativo postulado se convierte en una verdadera garantía que tiene el individuo, ya que únicamente podrá ser penado cuando su conducta encuadre en un delito previamente tipificado en la ley penal. A su vez, este principio esencial del derecho penal liberal implica una contundente limitación al *jus puniendi* del Estado, ya que únicamente se podrá ofrecer la potestad punitiva estatal cuando la conducta de una persona se subsuma en una figura penal previamente tipificada como delito”. Bajo esta misma concepción, la Const. peruana de 1993 regula el principio de legalidad con la salvedad que también se legitima la punición de la conducta omisiva de forma genérica al referirse expresamente en su artículo 2º inciso 24, letra “d” lo siguiente: “*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado como pena no prevista en la ley*”. Esto es recogido en el Título Preliminar del CPp en su art. II: “*Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ellas.*”

<sup>92</sup> En particular se reconocen cuatro prohibiciones: retroactividad de la ley (*lex praevia*); de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*); de extensión del derecho escrito a situaciones análogas (*lex stricta*); de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*). Cada una de estas prohibiciones tienen un destinatario preciso: la exigencia de *lex praevia* se dirige tanto al legislador como al juez; la de *lex scripta*, al igual que la *lex scripta*; por último, la de *lex certa* tiene por destinatario básicamente al legislador y, subsidiariamente al juez.

<sup>93</sup> GRAVEN, Jean; “*Los principios de legalidad, de la analogía y de la interpretación y su aplicación en el Derecho penal suizo*”, traducción de Joaquín de Aguilera, en: ADPCP, 1950, Pág. 13. En el Derecho anglosajón, que es ante todo de formación consuetudinaria (*common law*), la *letra* de la ley, texto legislativo, como en Derecho civil, constituye sólo en parte la base de la sentencia del juez las normas no escritas y los principios de la “justicia natural”, de la “equidad” le guían a menudo. El Derecho escrito es simplemente declarativo de un Derecho no escrito mucho más amplio, Derecho consuetudinario y Derecho natural, fundado sobre las nociones universales de justicia, sobre los principios morales comunes a todas las naciones respetuosas con la ley moral”.

<sup>94</sup> BINDER, Alberto M; *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires, 1993, Pág. 157

para crear ilícitos penales es el Poder Legislativo y no el Ejecutivo ni el Judicial. Se trata, entonces, de una exigencia de seguridad jurídica (conocer anteladamente los delitos, contravenciones y sus correspondientes penas). Además, se trata de una garantía política (en el sentido que el ciudadano no podrá verse sometido por el Estado y por ende los jueces a sanciones que no admita el pueblo).

Como consecuencia de esto, se deriva la definición del tipo legal, la misma que es creación de Von Beling, quien en 1906 tradujo por primer` vez la expresión *tatbestand recht*, del parág. 59 del Código Penal del Imperio Alemán de 1871 por tipo legal, de ello también cobra vigencia el denominado *principio de tipicidad* que expresa diferentes comportamientos punibles en tipos penales de la Parte Especial. La tipicidad expresa garantía frente al ciudadano objeto de incriminación, siempre y cuando esté de modo taxativo, certero y completo el supuesto de hecho (comportamiento típico) y la consecuencia jurídica del delito complementadas con la Parte General (penas en sus diferentes formas y clases: medidas de seguridad, penas accesorias, reparación civil).

Además, una derivación de la exigencia del principio de legalidad es el de *taxatividad*. “La pena –dice Baratta- es aplicable sólo en los casos de realización de tipos de conducta expresamente previstos por la ley con indicación de sus elementos descriptivos y normativos. El principio de taxatividad excluye la aplicación analógica de la ley pena, la cual debería ser expresamente prohibida por la ley”<sup>95</sup>. Se precisa una prohibición de crear leyes penales indeterminadas o imprecisas, sin embargo, habría que precisar que el centro de atención, para nuestro caso, está en el supuesto de hecho.

La dogmática penal alemana recientemente ha elaborado en relación al principio de legalidad, el concepto de *tipo-garantía*, que no es coincidente con otros conceptos de tipo. Gallas define a este *tipo-garantía* como “el que expresa todos los presupuestos de la punibilidad...”. Es evidente que los presupuestos de la punibilidad se encuentran sin duda el dolo, la culpa y la culpabilidad. Esto determina que un concepto de tipo penal, debe cumplirse con las funciones de garantía (dolo, culpa, la culpabilidad y las condiciones objetivas de punibilidad)<sup>96</sup>. Respecto al carácter doloso o culposo de la acción, el legislador estaría relevado de la exigencia de estricta concertación que se deriva para él del principio de legalidad. En tal sentido, los emblemáticos delitos de hurto o de estafa, que bien se entendería solamente como figuras de realización dolosa, podrían ser incriminados culposamente, con lo cual Legislador no estaría infringiendo el concepto de *tipo-garantía* que se viene pregonando. Lo que no puede legislar es sobre aspectos

<sup>95</sup> BARATTA, Alessandro; “*Principios de Derecho Penal mínimo (para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley pena)*”. Traducción de Beatriz Lenzi, en: DP. Ty PCP, Buenos Aires, 1987, Pág. 629

<sup>96</sup> BACIGALUPO, Enrique; *Tipo y error*, Buenos Aires, 1999, Pág. 29

“externos” de la acción de una manera general. En esta línea de pensamiento, la omisión impropia, en el contexto que se encuentre tipificada en la Parte Especial, si por ejemplo prevé una modalidad culposa (en el delito de homicidio), no habría mayores inconvenientes para no aplicarla, si las habría si habiendo una figura delictiva dolosa, no se contemplara legalmente una modalidad culposa. Como bien precisa Bacigalupo “...que el legislador está obligado a no dejar indefinido el carácter doloso o culposo de la acción dentro de los aspectos que son alcanzados por el *principio de legalidad*”<sup>97</sup>.

### **3. ¿Es la omisión impropia una infracción a la legalidad de las conductas típicas?**

Si bien en el Derecho penal argentino existe un delito impropio de omisión tipificado (por ej. art. 106), esto no quiere decir que exista una tipificación expresa de este sistema de imputación a las demás figuras delictivas. No existe en el CPa, por ejemplo, un tipo penal en la Parte Especial referente al homicidio simple que castigue literalmente: “*El que **deja morir** a alguien será reprimido...*”, o en el delito de hurto: “*El que **no evita** que otro se apodere de un bien mueble ajeno...*”, aunque algunos autores, como hemos dicho, estimen más conveniente, de cara al principio de legalidad, estructurar la regulación expresa de esa figura delictiva en la Parte Especial, sin embargo, y ahondando más sobre este tema, en el Derecho penal alemán, donde la omisión impropia ha alcanzado un alto nivel de desarrollo dogmático y jurisprudencial, el propio Welzel admitía que en estos delitos, el problema decisivo no sólo era desde el punto de vista dogmático, sino también desde el punto de vista del Estado de Derecho, donde el principio *nulla poena sine lege* experimenta una profunda limitación: sólo la conducta del autor está “legalmente determinada” y no las características objetivas de autor. “Por esta razón –indica el autor– se han hecho valer siempre reparos de índole constitucional en contra de los delitos impropios de omisión”<sup>98</sup>. Cuando se introdujo legalmente en el Código alemán (art. 13 I), el tema de la constitucionalidad no se terminó de superar, o en todo caso, fueron otros los inconvenientes, como por ejemplo, las objeciones constitucionales circunscritas en el sentido que hayan fracasado hasta ahora todos los intentos para precisar en mayor medida la regulación legal<sup>99</sup>.

Asimismo, en el Derecho penal austríaco, suizo, y en el propio Derecho alemán como hemos visto, se cuestiona aún la validez científica de la omisión impropia

---

<sup>97</sup> BACIGALUPO, 1999, Pág. 32

<sup>98</sup> WELZEL, Hans; 1970, Pág. 288. Aunque este autor indique que la dificultad dogmática no radica en las deficiencias de una ley determinada, sino en la naturaleza de la cosa. Es imposible, por principio, circunscribir concreta y exhaustivamente en tipos legales la inmensa variedad de posibles autores de omisión.

<sup>99</sup> STRATENWERTH, 1999, Pág. 292 y 293. JESCHECK, Hans-Heinrich; “*Orígenes, métodos y resultados de la reforma del Derecho Penal alemán*”, traducción de María Isabel García de la Torre, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Pág. 11, que destaca la problemática de la legalidad, específicamente en la certeza, de los delitos impropios de omisión.

como construcción dogmática legítima. En este punto, por ejemplo Stratenwerth dice lo siguiente: “Desde mucho tiempo atrás se había censurado a este respecto que su punibilidad fundamentada solamente por la doctrina y jurisprudencia era incompatible con el *nullum crimen sine lege*. Los tres textos legales de los cuales hablo aquí hacen el intento, por ello, de codificar las posibles causas de surgimiento de los llamados deberes de garantía, como presupuesto decisivo de la equiparación de la omisión con el deber activo. Ellos muestran también, sin embargo, que una regulación legal satisfactoriamente difícil, cuando no imposible”<sup>100</sup>. Siguiendo en el Derecho alemán, el profesor Jakobs afirma que de *lege lata* la inconstitucionalidad de toda punición de la omisión impropia regulada en el # 13.1 StGB referente al elemento del deber de responder, sólo cabe afirmarla cuando el estándar de determinación promedio de la Parte Especial se absolutiza como norma; no obstante, este estándar nunca ha regido en la Parte General (los conceptos dolo, imprudencia, participación, culpabilidad, etc. –por no hablar de las reglas de determinación de la pena, en parte esbozadas conceptualmente sólo de modo incipiente- son menos determinados que, p. ej., los conceptos, cosa, ajena, etc.)<sup>101</sup>. De más esta decir, que sin duda la problemática fundamental de la constitucionalidad de la omisión impropia en Alemania, Austria y Suiza está en determinar cuáles serían los límites del deber de evitación de resultados típicos (posición de garante) para “evitar” las ampliaciones en el círculos de autores posibles.

En España, hasta antes de la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, es decir, tanto el código anterior, el Proyecto de Código Penal de 1980, la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, no se receptaba una cláusula de omisión impropia, a contrario de lo que pasaba en Italia y Alemania; ello se debía probablemente a las dificultades que la omisión por omisión presenta frente a las garantías derivadas del principio de legalidad, por lo que han inducido al legislador al rechazo de un reconocimiento explícito del tipo de comisión por omisión<sup>102</sup>. Sin embargo, la doctrina como la jurisprudencia española de aquella época reconocían comportamientos omisivos que no estaban expresamente tipificados, es decir se sancionaban determinadas evitaciones de resultados “típicos” cuya vulneración estaba protegida solo por acciones positivas (por ej. homicidio), a esta figura delictiva se le dio el nombre de delitos de comisión por omisión, y reprimía utilizando el marco penal de los delitos de comisión. En tal línea de pensamiento, Mir Puig, -en el marco del anterior CP español- decía que estimaba acertado el punto de partida según el cual la admisibilidad de la comisión por omisión depende, en un Derecho como el nuestro en que no existe

---

<sup>100</sup> STRATENWERTH, Günter; traducción de Marcelo Sancinetti y Patricia Ziffer, en: CDJP, N 8A, 1998, Pág. 56

<sup>101</sup> JAKOBS, 1997, Pág. 953 y 954.

<sup>102</sup> En este sentido: VALLE MUÑIZ, José Manuel; “*Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa*”, en: ADPCP, Madrid, 1986, Pág. 872, nota 34

ningún precepto que prevea su existencia, de que quepa en el sentido del tipo. Para que esto sea posible tenía que interpretarse no en función a un sentido causal estricto, sino con arreglo a su significado social<sup>103</sup>.

Ahora bien, el Código penal español vigente contiene en su art. 11 una regulación expresa de esta figura delictiva, sin embargo, aun así, la *constitucionalidad*, es decir, la compatibilidad de esta categoría con el principio de legalidad, no está totalmente fuera de duda<sup>104</sup>. Por eso quizá la mayor dificultad que enfrenta la doctrina española, -y por ende toda la doctrina que encierra a la omisión impropia en países que ya la tienen legislada-, es lo concerniente al establecimiento de la posición de garante, de ahí como dicen Muñoz Conde / García Arán que se hayan formulado “...reparos de orden constitucional (infracción del principio de legalidad) con la figura de los delitos de comisión por omisión...Para evitar objeciones de inconstitucionalidad por infracción del principio de legalidad de los delitos, el art. 11 propone como indicadores de un especial deber jurídico de actuar la ley, el contrato y el actuar precedente”<sup>105</sup>.

El problema que enfrentó la teoría general de la posición de garantía de cara al cambio cualitativo de la teoría formal a la material, no solamente enfrentó dificultades de fundamentación doctrinaria, sino también de constitucionalidad, porque el principal problema de la teoría material o funcional lo tuvo con el principio de legalidad, pues su fundamento jurídico no provenía de una *lex scripta*, como lo exige este principio, sino, en todo caso, del derecho consuetudinario<sup>106</sup>. A partir de este momento se tomó conciencia de la necesidad de una disposición legislativa que autorizaba aplicar la pena del delito activo a la comisión de impedir el resultado. Pero no sólo en el ámbito de la posición de garante tuvo

---

<sup>103</sup> MIR PUIG, Santiago; en adiciones de Derecho español al Tratado de Jescheck, Vol. Segundo, Barcelona, 1981, Pág. 845

<sup>104</sup> Así, BACIGALUPO, Enrique; “*La regulación de las conductas omisivas en el nuevo Código Penal*”, en: Buompadre, Jorge Eduardo (Dir. y Coord.), Derecho Penal y Procesal Penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez, Buenos Aires, 1997, Pág. 390. Expresamente: SILVA SÁNCHEZ, *El Delito de omisión*,...2003, Pág. 456 cuando sostiene que “La construcción de comisión por omisión es, pues, inconstitucional y no es posible mantenerla ni un minuto más.”. Más aún en autores como GRACIA MARTÍN, “*Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)*”, Cit., Pág. 439 que pretendía una regulación específica en la Parte Especial, en tal sentido si “...las omisiones no están comprendidas en el tenor literal de los tipos de la Parte Especial, y si, por añadidura, el tipo de lo injusto realizado por una omisión es uno que no sólo no está escrito sino que es también estructural y materialmente diferente al tipo (escrito) de la acción, parece evidente concluir que toda pretensión de penar la comisión por omisión por los preceptos de la Parte Especial supone una grosera burla del principio de legalidad”.

<sup>105</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCIA ARÁN, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1996, Pág. 260

<sup>106</sup> En este sentido, BACIGALUPO, Enrique; “*La regulación de las conductas omisivas en el nuevo Código penal*”, cit., Pág. 25. El mismo, *Delitos impropios de omisión*, Bogotá, 1983, Pág. 26. “La falta de una sólida fundamentación legal de las fuentes del deber, más que los problemas relativos a la unidad conceptual de acción y omisión, propicia la remisión a un ámbito puramente valorativo en el cual encontrar las pautas axiológicas que con prescindencia de los aspectos formales (legales) alcance a determinar los supuestos en que la omisión de impedir un resultado es equiparable a la realización de un tipo de comisión y de resultado”.

inconvenientes de constitucionalidad, también lo tuvo en el marco de la relación de causalidad; por eso se intentó demostrar que la omisión impropia es tan causal del resultado, como la de no evitar un aborto, como lo puede ser un hacer positivo, de lo que se trata, entre otras cosas, es de evitar la objeción de que la punibilidad de la comisión por omisión vulneraría el principio de legalidad<sup>107</sup>.

En otro contexto jurídico, por ejemplo en el Derecho penal norteamericano, unos de los penalistas más importantes, Fletcher, opina que la responsabilidad por “comisión por omisión” es sin duda inconstitucional<sup>108</sup>. Por otro lado, una de las cuestiones de la dogmática de la omisión impropia, en el lenguaje de Torio López<sup>109</sup>, es que hay que someterlo a los principios filosóficos jurídicos, político-criminales y dogmáticos propios de nuestra época. Ello supone un equilibrio entre aspectos *lógicos, teleológicos y axiológicos* en esta modalidad de comportamiento punible. Los aspectos lógicos vienen representado por la seguridad jurídica o certeza del derecho, es decir, por el respecto al principio de *nullum crimen sine lege* en sentido realista y crítico. Los aspectos teleológicos consisten en reclamar que la acción omitida pueda ser penada como medio para disminuir el peligro e impedir la lesión de bienes jurídicos. Ahora, estos dos aspectos actuarán como especie de muro de contención para impedir el predominio del aspecto axiológico de la omisión impropia, cual es, la equiparación analógica *in malam partem* de una comisión por omisión que en su forma originaria estaba regulada a través de un delito de comisión.

Sin embargo, los textos punitivos no están demasiados claros algunas veces, pues como bien expresa Jakobs, casi todos los presupuestos generales de la imputación – como la imputación objetiva, incluidos los presupuestos especiales de la omisión impropia, del dolo y de la imprudencia, de la justificación (en parte), de la participación, de la culpabilidad (en parte), de la tentativa (en parte) y diversos ámbitos del error -, cuando están formulados en la ley, no lo están de modo tan detallado como para llegar al estándar de la formulación de los tipos de la Parte Especial. Naturalmente, no sin excepciones; junto a numerosos conceptos en forma de cláusula general en la Parte Especial se encuentran en ella especiales remisiones a doctrina generales que no aportan precisión alguna. Ejemplo: Las posiciones de garante mencionadas en la Parte Especial en los delitos de omisión propia equivalentes a la comisión no van más allá de la vaguedad del art. 13 StGB (y de hecho son propias de la Parte General)<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”*, Buenos Aires, 2003, Pág. 25

<sup>108</sup> FLETCHER, George P.; *El Derecho y lo Razonable. Ensayos de Derecho Penal*, Introducción y Traducción de Edgardo A. Donna y Natalia Barbero, Buenos Aires, 1997, Pág. 88

<sup>109</sup> TORIO LÓPEZ, Angel; “*Límites de los delitos de comisión por omisión*”, Cit., Pág. 706

<sup>110</sup> JAKOBS, 1997, Pág. 90

#### **4. La in-constitucionalidad de la omisión impropia “no escrita” legalmente en la doctrina argentina.**

En la doctrina argentina el tema del cuestionamiento de la constitucionalidad de las omisiones impropias se muestra de la siguiente manera. El profesor Zaffaroni antiguamente había dicho que los delitos impropios de omisión “no escritos” no pueden ser inconstitucionales, porque hay un criterio legal para cerrar los tipos, y aunque el principio de legalidad sufre un menoscabo por demás notorio, se argumenta que ello obedece a que es imposible legislar de otro modo: sería la naturaleza de la materia prohibida la que impide adoptar otra técnica legislativa. En cuanto a la materia prohibida en sí misma, no puede ser inconstitucional, porque no lo son los tipos activos que prevén idénticas lesiones de bienes jurídicos”<sup>111</sup>. Actualmente, Zaffaroni conjuntamente con Alagia y Slokar estiman que solo los tipos omisivos impropios no escritos son inconstitucionales<sup>112</sup>, dejando a salvo la legalidad a aquellos tipos escritos de la Parte Especial de omisión impropia. Así, en consecuencia “...tanto desde la intuición del público como desde la valoración jurídica, no puede afirmarse que es exactamente lo mismo dejar morir que ahogar a la criatura. En la ley vigente, el caso enbuadra en el tipo del art. 106 CP, calificado por el parentesco conforme al art. 107. Esto significa que el delito está conminado con pena máxima de veinte años, según la reforma de la ley 24.410 del 1 de febrero de 1995. Dado la escala penal prevista, *la solución sería idéntica en los códigos que establecen la cláusula de equivalencia con el correctivo de correspondencia, con la ventaja de que en el texto argentino no se viola la legalidad*”<sup>113</sup>.

Por otro lado, Sancinetti opina, en los delitos impropios de omisión no escritos, la posibilidad de imputar a una omisión la producción de un resultado, como si se tratara de una comisión, se podría formular reparos desde el punto de vista del *principio de legalidad*<sup>114</sup>. Asimismo, Sancinetti, es la de opinión de no introducir ninguna “cláusula de conversión” porque tiene la ventaja relativa de mantener la punición de la “comisión por omisión” dentro de los límites bien estrechos...pues, por lo dicho, la ausencia de una cláusula de conversión no tiene de hecho el efecto de generar una laguna de punibilidad intolerable –como lo sería la derogación de delitos del derecho penal nuclear en la parte especial-, sino el de que la punición imprescindible siga rigiendo en la práctica, pero por vías objetables desde el punto de vista constitucional”<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T III, Buenos Aires, 1981, Pág. 465

<sup>112</sup> ZAFFARONI/ SLOKAR /ALAGIA, 2000, Pág. 548 y ss.

<sup>113</sup> ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, 2000, Pág. 553. Las cursivas son del texto original.

<sup>114</sup> SANCINETTI, Marcelo; *Casos de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1991, Pág. 139

<sup>115</sup> SANCINETTI, Marcelo; “*Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la Parte General de los códigos penales*”, en: CDJP, Buenos Aires, Pág.



Por su parte, Pessoa estima que estos delitos “...son inconstitucionales por lesionar el principio de ley previa establecido por la Constitucional Nacional en su art. 18. Ello es así, desde nuestro punto de vista, por una razón fundamental: porque los tipos omisivos impropios constituyen un mecanismo de ampliación del tipo penal. El tipo penal activo, como hace a su propia estructura, describe con sentido de prohibir *acciones* (el hacer), no describe omisiones, éstos se convierten en materia de prohibición por vía de los llamados tipos omisivos *proprios*”<sup>116</sup>.

El profesor Donna estima que los delitos impropios de omisión, luego que no se aplican de manera constante, y cuando se aplica se hace “...de una manera sumamente flexible, y por qué no decirlo, sumamente peligroso para el principio de legalidad”, ya que “...no se sabe bien cuál es el criterio utilizado para la imputación del resultado en estos casos”<sup>117</sup>.

Por su parte, Duloup sostiene “...que hoy es *indubitablemente violatoria del principio de legalidad* la pretensión de adecuación de estas formas omisivas o tipos concebidos como de acción positiva. Baste pensar en la elaboración de proyectos en tal sentido desde hace décadas, para comprender que la falta de legislación positiva *no puede redundar en perjuicio* para el ciudadano, desde la óptica de su derecho a una *información precisa* acerca de los prohibido bajo amenaza de sanción penal”<sup>118</sup>.

En esta línea de pensamiento, puede ubicarse también a Righi / Fernández quienes afirman que una sentencia condenatoria por delito impropio de omisión puede ser atacable por inconstitucionalidad. “Es evidente la exigencia político criminal que orienta la jurisprudencia que, por ejemplo, aplica la norma del art. 80 inc. 1 del Cód. Penal que sanciona severamente a quien mata a un pariente, a la madre que en lugar de estrangular a su bebé, lo deja morir por inanición. Sin embargo, el comportamiento que describe la norma es “matar”, es decir causar la muerte de la víctima, en tanto que la imputada por reprochable que sea su omisión, no mató al bebé. Por su insatisfactorio emocionalmente que resulte condenarla por omisión de auxilio (art. 108 Cód. Penal) es una solución más compatible con lo que dispone el art. 18 de la Constitución Nacional”<sup>119</sup>.

En sentido contrario del cuestionamiento constitucional de la omisión impropia, se expresa Creus, cuando sostiene que “...la corrección jurídica de la causalidad permite incluir en ella toda condición “típica” de un resultado, sea ésta la de producirlo –cuando no se lo debía producir- o la de no impedirlo –cuando se lo

---

<sup>116</sup> PESSOA, Nelson R.; “En torno a la constitucionalidad de los tipos omisivos impropios en el Derecho Penal argentino”, en: Buompadre, Jorge Eduardo (Dir. y Coord.), Derecho Penal y Procesal Penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez, Buenos Aires, 1997, Pág. 112

<sup>117</sup> DONNA, Edgardo Alberto; en Prólogo al libro de Gimbernat Ordeig, La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”, Buenos Aires, 2003, Pág. 7

<sup>118</sup> DULOUP, Osvaldo Arturo; *Teoría del Delito*, Buenos Aires, 1995, Pág. 177

<sup>119</sup> RIGHI, Esteban / FERNANDEZ.; *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Pág. 260 y 261

debía impedir-, por lo cual no nos parece violatoria del principio de legalidad la consideración de la comisión por omisión (en su significado socialmente adecuado de la acción de “matar”, tanto mata el que quita la vida a otro, como el que permite que se extinga la vida cuando puede impedirlo”)<sup>120</sup>.

Cercana parece ser la posición de Frias Caballero/Codino/Codino cuando, a la pregunta sobre la constitucionalidad de los delitos impropios de omisión, responden lo siguiente: “En rigor, la objeción se fundamenta más en la apariencia que en la realidad. La punición de esta clase de delitos se halla referida a la interpretación de los tipos legales. Existen algunos que, por no discriminar los medios concretos con los que se perpetra el hecho, admiten implícitamente su comisión por omisión”<sup>121</sup>.

### **5. Los delitos impropios de omisión se tratan de tipos abiertos.**

Como habíamos dicho, en la legislación penal argentina los delitos impropios de omisión se dividen tanto en tipos “escritos” como en “no escritos”. En la primera, está por ejemplo, el art. 106 que desarrolla conceptos restrictivos de situaciones de garantía (“...y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado”), asimismo el art. 107 amplía los círculos de autores especiales en función a circunstancias agravantes (“...fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos, o por el cónyuge”). En cambio, los delitos impropios de omisión no escritos que serán la mayoría de casos en el Código penal y en la legislación complementaria (es decir, todos aquellos delitos que estén redactados con un resultado típico) no están expresados: ni quienes serán los garantes, ni criterio alguno para realizar la equiparación normativa. Entonces éstos se deducirían de cada tipo de injusto donde exista la posibilidad o vocación dogmática de equivalencia de una estructura que en principio está concebida como estructura comisiva a una estructura omisiva (bastaría con indagar los medios, que se trata de un delito de resultado material, etc.). Los tipos de los delitos impropios de omisión, por consiguiente, son sólo en parte tipos de formación legal y en parte, por el contrario, de formación judicial<sup>122</sup>. Por eso, Zaffaroni, al respecto dice que estos “...tipos impropios de omisión no están todos escritos: los debe completar el juez individualizando las características de los autores conforme a los modelos legales (a los que se hallan escritos). Por eso ende –continúa el autor- *los tipos impropios de omisión no escritos, son tipos abiertos, al igual que los tipos culposos*”<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> CREUS, Carlos; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999, Pág. 178.

<sup>121</sup> FRIAS CABALLERO, Jorge / CODINO, Diego / CODINO, Rodrigo; *Teoría del Delito*, Buenos Aires, 1993, Pág. 206 y 207

<sup>122</sup> En este sentido: WELZEL, 1970, Pág. 288

<sup>123</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III, Buenos Aires, 1981, Pág. 458.

Los supuestos más resaltantes por excelencia de tipos abiertos, en el Derecho penal, son: por un lado, los delitos culposos o imprudentes (por el “deber objetivo de cuidado”: el código no define qué es imprudencia, dejando a la doctrina científica y jurisprudencial la tarea de especificar los límites de la materia de prohibición, es decir en que consiste la falta de cuidado) y por otro lado, los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, pues éstos vulneran el mandato de determinación de la respectiva ley penal, que implica la homologación o equiparación, vía interpretativa, de los delitos de omisión con los delitos de acción.

La omisión impropia exige entender que los tipos de resultado en los que cabe su invocación (aquellos que no habiendo prefigurado el modo de acción contengan un resultado alcanzable activa o pasivamente), **son tipos totalmente abiertos**, lo cual en buena técnica legislativa conviene evitar<sup>124</sup>. Los tipos abiertos, son aquellas normas jurídico-penales que necesitan ser complementados vía judicialmente para captar con mejor precisión las proposiciones y/o presupuestos de la conducta prohibida o mandada por el legislador, que está abstracta o estáticamente descrita en la norma primaria. En estos casos no hay una complementación mediante una norma de inferior categoría como sucede en las leyes penales en blanco, sino que se realiza a través de la propia jurisprudencia. Con tal apreciación no es que la jurisprudencia vaya a formar parte de fuente inmediata del Derecho penal. Eso sería desconocer nuestro Derecho penal eurocontinental del cual somos tributarios.

Se ha dicho, por si fuera poco, que los tipos penales abiertos son a menudo sospechosos de inconstitucionalidad, por contravenir los arts. 18 y 19 de la Const. Nacional<sup>125</sup>, lo cual a esta altura el lector no se vería fatalmente sorprendido. En definitiva, los delitos impropios de omisión no escritos en la ley, son tipos abiertos, como consecuencia de la imposibilidad de definir “ex ante” todos los supuestos en que un sujeto puede estar en posición de garante<sup>126</sup>. Quizá todo esto encontraría algún tipo de justificación, porque en los últimos años, se está viviendo tendencias

<sup>124</sup> Así, QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, 1996, Pág. 309 (negritas del original).

<sup>125</sup> Así, expresamente: SAGÜÉS, Néstor Pedro; 1999, Pág. 806. Este autor describe un caso de tipos penales abiertos (Pág. 806 y 807): “En “Musotto”, la Corte Suprema señaló que el concepto constitucional de *ley previa* no implica necesariamente que la figura penal contenga una descripción formalmente agotada, y que no existe óbice constitucional para que el contenido de los deberes y prohibiciones dependa sustancialmente de la valoración que realizará el juez en vista de circunstancias concretas no susceptibles de enumeración previa. Para el Tribunal basta que la ley contenga una remisión suficientemente clara al contexto valorativo condicionante del tipo penal, y tal es el caso del art. 128 del Cód. Penal, que incrimina la publicación de libros, escritos o imágenes *obscenos*”. “Este último concepto -agrega el mismo autor- incluye ideas y sentimientos que pueden variar con el tiempo, y que deben ser precisados por el juez, cosa que no significa que éste se convierta en legislador (“Musotto, Fallos, 310: 1909, y dictamen del procurador general, con cita de “SA La Plata Cereal”, Fallos, 293: 130; “SA Peters Hnos”, Fallos, 293: 378; “Ordene”, Fallos, 306: 1437, entre otros”.

<sup>126</sup> RIGHI, Esteban; “*Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa de un delito*”, en: Cancino; Antonio José (Edición a su cargo) *El Derecho Penal español de fin de siglo y el Derecho Penal Latinoamericano*, Homenaje a Enrique Bacigalupo, Buenos Aires, 1999, Pág. 194

“desformalizadoras”, caracterizado significativamente por la ambigüedad y la imprecisión: leyes con conceptos vagos o porosos, con términos de fuerte contenido valorativo, con cláusulas generales, que de modo implícito conllevan una renuncia del legislador a su misión de definición de los comportamientos punibles y una remisión al juez para que produce a tal labor<sup>127</sup>.

En síntesis, dentro de las críticas que subyacen a esta forma de realización típica, encontramos un secular enfrentamiento con el principio de determinación de las leyes penales, como derivado del principio de legalidad en su versión *nullum crimen nulla poena sine lege certa*. Entre los casos más conocidos tenemos la denominada “indeterminación que existe en la norma penal en relación con el supuesto de hecho”, que se encuentran los tipos abiertos, que es contraria al principio de división de poderes del Estado, por que le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno legislativo, con lo cual impide el proceso de motivación (prevención general) a los ciudadanos. Es función del Legislador, -el mismo que crea el Derecho, destinatario directo de la competencia primaria legisferante- el de dotar de límites restrictivos al juzgador, para que éste puede realizar su labor dentro de un marco impuesta por la propia literalidad de la Constitución y las normas penales. Por esto, resulta racional considerar erradas aquellas opiniones de la doctrina o decisiones de los tribunales que han aceptado, en general, la punición de omisiones no expresamente tipificadas en situaciones como éstas<sup>128</sup>.

Dicho de otra manera, la vigencia de leyes indeterminadas es contraria a la división de poderes, porque le permite superposición de funciones, ya que permite al juez invadir terreno del legislador. La “abertura” más significativa está en el tema de las deberes de garantía, ya que dichos deberes están redactados muy escuetamente en la norma penal o simplemente en otras legislaciones no existen. Es el juez, y no la ley, quien decide en cada caso si la aparición de un suceso (resultado) como consecuencia de una omisión equivale a causarlo activamente<sup>129</sup>. Como los tipos abiertos están en relación directa con la problemática de legalidad, al igual que en las leyes penales en blanco, el tipo legal ha de contener el núcleo fundamental de la materia de prohibición<sup>130</sup>. En el tema de la omisión impropia los núcleos fundamentales que no deben faltar en una legislación son: en primer lugar, la determinación taxativa de los deberes de garantía (tomando posición de unas teorías al respecto) y en segundo lugar, la introducción de una cláusula de equivalencia entre acción y omisión (precisamente que entraría como criterio de contención para los deberes de garantía.

---

<sup>127</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ, 1992, Pág. 255

<sup>128</sup> NOVOA MONREAL, “*Los delitos de omisión*”, cit. Pág. 39

<sup>129</sup> CASTILLO ALVA, José Luis; *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Lima, 2002, Pág. 83.

<sup>130</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZABAL MALAREÉ, Hernán; *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. 1, Madrid, 1999, Pág. 93

## **6. ¿Será la omisión impropia una aplicación integradora de carácter analógica *in malam partem*?: discrecionalidad vs. arbitrariedad.**

### **6.1. El concepto de analogía y situaciones conexas.**

Como es sabido, el mandato de determinación en el Derecho penal, tiene un doble aspecto. Por un lado, se dirige al legislador, imponiéndole la exigencia de una “*lex certa*”. Por otro lado, se dirige al juez, prohibiéndole básicamente la aplicación analógica de esa *lex certa* y obligándole, en consecuencia, a ceñirse a la “*lex stricta*”<sup>131</sup>. La diferencia del Derecho penal y las restantes ramas del ordenamiento jurídico consiste en que ésta, el juez debe llenar los vacíos (lagunas) sirviéndose de cualquier disposición o principio general que sean compatible con el Derecho vigente. En Derecho penal, siempre es la exclusividad de la norma penal, y esa norma simplemente es *nullum crimen sine lege*, que da, para algunos delitos que deberían tipificarse, siempre el mismo resultado: la impunidad<sup>132</sup>.

Por eso, se ha dicho, con razón, que el problema de las “lagunas de la legislación” no existe para el Derecho penal, que es un sistema discontinuo de ilicitudes<sup>133</sup>. De manera que un método para llenar esos vacíos sería a través de la analogía, que supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no *comprendido* en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero *análoga* a otros sí comprendidos en el texto legal. La analogía, en líneas generales, para el Derecho penal no está permitida. Por otro lado, la analogía se diferencia de la interpretación (extensiva), que si está permitida, porque ésta no sobrepasa el sentido posible de la letra de la ley. Por ejemplo, el art. 80, inciso primero del CPa, prescribe una circunstancia agravante del homicidio (parricidio) si la víctima es ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son. Sería una aplicación análoga extenderlo al que matare a quien desde pequeño se encuentra en casa, y se le considera como a un “hijo”.

Suele distinguirse en Derecho penal, entre analogía *in malam partem* y analogía *in bonam partem*, entendiéndose por la primera la que integra la ley extendiendo la punibilidad (es decir, para crear o agravar la responsabilidad penal), por lo tanto, en caso de aplicación del Derecho en perjuicio del sujeto el poder del juez penal termina en los límites de la interpretación; y por la segunda la que la restringe más allá de la letra de la ley (es decir, para atenuar o excluir la responsabilidad penal),

---

<sup>131</sup> En este sentido: SILVA SÁNCHEZ, 1992, Pág. 254

<sup>132</sup> Así, SOLER, Sebastián; *Derecho Penal argentino*, 1, Buenos Aires, 1983, Pág. 135. FONTAN BALESTRA, Carlos; *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Actualizado por Guillermo AC. Ledesma, Buenos Aires, Pág. 120 y 121. Este autor apunta que “El problema de las lagunas del derecho, que contempla los silencios de la ley y que deben resolver los códigos de derecho privado por disposición del derecho positivo, según dijimos, no existe en el orden penal: la ley penal está, debe estar llena de silencios, y en *materia penal el silencio es libertad*”.

<sup>133</sup> SOLER, 1983, Pág. 132

