

PROBLEMAS Y DISCUSIONES EN TORNO A LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

“Responsabilidad penal por omisión”

por Refi Mariano¹

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo adentrarse en los delitos de omisión impropia, estableciendo paralelismos entre la dogmática, la jurisprudencia y los ordenamientos jurídicos. Para ello se comenzara exponiendo una visión general de los conceptos de acción y omisión, la relación que existe entre ellos. Se podrá observar la problemática que se genera en la doctrina penal en torno a la posibilidad de brindar un concepto de acción que comprenda tanto a la acción en sentido estricto como a la omisión. Luego, con posterioridad se intentara esbozar una definición de omisión y su vinculación con los delitos en los que la salud pública es el bien jurídico tutelado.

El trabajo en si estará centrado en el estudio de la omisión impropia, se analizara su parte objetiva como subjetiva. De la primera se analizara la exigencia de una posición de garante como requisito para imponer a una persona el deber de proteger el bien jurídico amparado por el tipo legal, analizando las distintas fuentes expuestas por la doctrina.

Luego de ello, finalizando el mismo y aplicando los criterios previamente establecidos me adentrare en el análisis de la figura que da sustento y nacimiento a la idea de abordar este tema tan confuso. La figura contemplada por el art. 204 quater de nuestro ordenamiento de fondo.

PALABRAS CLAVES

DERECHO PENAL – ACCIÓN – COMISIÓN – OMISIÓN – OMISIÓN PROPIA-
OMISIÓN IMPROPIA – SALUD PÚBLICA

ABSTRACT

The aim of this paper is to delve into the crimes of improper omission, establishing parallels between dogmatics, jurisprudence and legal systems. To do this, I'll begin by presenting a general vision of the concepts of action and omission, the relations that exist between them. It will be possible to observe the problematic that is generated in the penal doctrine around the possibility of offering a concept of action that includes both the action in the strict sense and the omission. Then, afterwards, an attempt will be made to outline a definition of omission and its connection with crimes in which public health is the protected legal right.

The work itself will be focused on the study of improper omission; its objective part will be analyzed as subjective. The first will analyze the requirement of a guarantor position as a requirement to impose on a person the duty to protect the legal right protected by the legal type, analyzing the different sources exposed by the doctrine.

After that, ending the same and applying the previously established criteria I will delve into the analysis of the figure that gives sustenance and birth to the idea of addressing this so confusing issue. The figure contemplated by art. 204 quater of our background order.

KEYWORDS

CRIMINAL LAW – CRIMINAL ACT – COMMISSION – OMISSION – PUBLIC HEALTH

LA ACCIÓN

El problema de la omisión ha sido una preocupación constante de los juristas desde la antigüedad, éste es uno de los temas en que la doctrina y la jurisprudencia no han podido establecer un criterio único para fundamentar la punibilidad de la omisión ni establecer cuáles son los requisitos de los delitos omisivos. Las diferentes escuelas doctrinarias han intentado dar su concepto de la omisión y señalar los requisitos de ésta, pero ninguna ha podido brindar una conceptualización que permita comprender el tema en forma segura y exenta de críticas. Es así, por ejemplo, que diferentes autores se han empeñado en dar un concepto unitario de acción que englobe tanto la acción (*strictu sensu*) como la omisión, para lo cual recurren a conceptos como "comportamiento

humano", "actividad humana", lo que, a juicio de ciertos autores actuales, es una búsqueda infructuosa por cuanto no puede englobarse en un solo concepto dos ideas totalmente opuestas. Toda esta problemática se agudiza aún más desde que Luden, creador de la teoría *aliudagereu otro hacer*², formulara la distinción "entre los delitos de omisión en un sentido propio y delitos que son cometidos a través de acciones omisivas" (comisión por omisión o delito de omisión impropio)³ que consisten en la lesión de un derecho subjetivo ajeno, es decir, desde que se observó que un delito de omisión puede no tan solo vulnerar una norma preceptiva (deber de actuar) sino que existen otros casos en que la omisión además genera un resultado típico prohibido por un tipo legal de acción que no contempla expresamente la omisión como medio comisivo, para lo cual la doctrina comenzará a analizar "la problemática de la equiparación de un comportamiento omisivo y uno activo"⁴, en otras palabras, cuando la omisión de una acción ordenada por el derecho, que probablemente habría evitado la lesión de un bien jurídico, se puede equiparar a la causación activa de ese resultado. Se ha estimado que ésta equiparación requiere que el sujeto omitente tenga un especial deber de garantía (posición de garante) pero ni siquiera en este punto las aguas son tan claras, por cuanto, no existe un criterio único sobre las fuentes de la posición de garante y es así que se ha oscilado desde un criterio meramente formal de las fuentes de esa posición (contrato, ley, hacer precedente) a criterios materiales de la misma ("teoría de las funciones"). También se discurre si éste deber de garantía es el único requisito para penar al sujeto que incurre en un delito de omisión impropia o si además requiere una "equivalencia estructural y normativa entre omisión y acción".

Para poder hablar correctamente de omisión es necesario hacer un breve repaso por los más importantes conceptos de acción sostenidos por diferentes corrientes doctrinarias para así comprender las similitudes y diferencias entre esta y la omisión, como también la creación de un tipo de acción que engloba a la omisión.

Actualmente las concepciones más aceptadas respecto de la acción, que tantas divergencias ha generado en la ciencia jurídico-penal, son el concepto causal, el concepto final y el concepto social de acción. Añadiendo además una cuarta, la concepción negativa de la acción, por la importancia que adquiere en la relación al tema de estudio y a la posición que toma el autor Roxin.

El concepto natural de acción del sistema clásico, fundado por Von Liszt y Beling, sostenían que acción es "la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación del mundo exterior"⁵. Para estos autores, la acción consistía en un movimiento corporal, causado por un impulso de la voluntad, que era causa de una modificación del mundo exterior. Lo esencial en este concepto era la causalidad, el "impulso de voluntad" solo importa en cuanto causa de la conducta

externa, para estos autores era indiferente cual era el contenido de la voluntad y hacia que se dirigía. Es claro en este sentido Jackobs al señalar para el causalismo *“la voluntad humana se toma, pues, como hecho, sin consideración a su contenido y, por lo mismo, sin consideración a su sentido”*⁶. En conclusión, lo que aquí interesa es comprobar que la acción voluntaria ha producido un resultado y la relación de causalidad entre esa acción y ese resultado, nada aporta respecto a la omisión.

Luego, Liszt realiza una modificación a su concepto de acción y establece *“acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no-eliminación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria”*⁷. En este caso, el elemento esencial es la voluntariedad, y así permitirá concluir que en la omisión existe esa voluntad que se manifiesta en la *“contención de los nervios motores”*⁸. Este concepto es criticado por Roxin, quién señala que *“...el concepto natural de acción... aunque en atención a los delitos de omisión se renuncie a la “modificación causal del mundo exterior” y se conserve solo la “voluntariedad” como criterio de la acción, por regla general en las omisiones no se puede probar la tensión muscular o nerviosa para ello; pues, como los nervios motores no se ponen en movimiento por sí mismos, normalmente no es precisa su contención. Y en el caso de la omisión por imprudencia inconsciente, como en el olvido, falta incluso toda voluntad en el sentido de mero pensamiento, que en cualquier caso no sería suficiente para admitir una acción por falta de exteriorización. Y tampoco resuelva las cosas el tomar como base solo una “conducta humana dominable por la voluntad”, pues una voluntad que podría haber dominado o controlado el suceso, pero realmente no lo ha dominado, no es voluntad y no cumple el requisito de la voluntariedad en el que al menos han de basarse los delitos comisivos”*⁹.

Por su parte, Beling sostiene que debe entenderse por acción *“un comportamiento corporal producido por el dominio sobre el cuerpo; ello es, un comportamiento corporal voluntario, consistente ya en un hacer, ya en un no hacer (omisión), ello es, distensión de los músculos.”*¹⁰. Esta voluntariedad que sostienen los autores, solo hace referencia a un algo, no hacia que se dirige o cuál es su contenido. Al respecto señalaba Maurach *“en principio, se había intentado equiparar la finalidad a la simple voluntariedad del hacer; solo importa que se haya querido algo; la dirección de la voluntad es indiferente para el concepto de acción.”*¹¹.

Una de las críticas que se formulan a esta teoría causal de la acción reside en la incapacidad de brindar un concepto acabado de omisión, ya que en esta no se puede acreditar esa tensión muscular o nerviosa necesaria y en la cual la actividad voluntaria del agente era una contención de esa tensión. Por otro lado, se critica a esta en cuanto al contenido de la voluntad del

comportamiento, *“Resulta hoy claro que una conducta es algo distinto de un movimiento con voluntad de hacer el movimiento, porque la “voluntad de hacer el movimiento” no existe por sí, sino que se integra – en forma inseparable- con la finalidad del movimiento. Así cuando muevo un dedo, no tengo una “voluntad de mover un dedo”, sino una voluntad de jugar, tocar, sentir, matar, rascar, etc. La voluntad sin contenido (finalidad) no es voluntad y la acción humana sin voluntad queda reducida a un simple proceso causal.”*¹².

Por su parte, Radbruch negó la posibilidad de equiparar la acción con la omisión, sostenía que la primera, basada en las nociones de voluntad, causalidad y hecho, no podía caber bajo un concepto superior que comprendiera también a la omisión, basada en la negación de esos elementos. *“Con ésta premisa, Radbruch niega no solamente la causalidad con el resultado sino, además, el nexo entre la voluntad y el hecho, por un lado, y enseguida, la esencialidad de la voluntad en la omisión.”*¹³.

En este contexto es que se dirá que la omisión es equivalente a la acción, ambas son causales en relación al resultado determinado y como la omisión es “no hacer nada”, nada puede causar –“ex nihilo, nihil”-, entonces, la causalidad de la omisión debe buscarse en una conducta positiva. Por el siglo XIX surge la teoría “aliudagere” para las que consiste en hacer una cosa distinta a lo que se espera; su exponente, Luden, señala que todo aquel sujeto que omite está, al mismo tiempo, haciendo algo distinto, se encuentra realizando una conducta positiva; siendo precisamente esta la causal del resultado típico. Esta teoría recibió varias críticas, una de ellas esbozada por Krug¹⁴, quien sostenía como argumento que era el actuar precedente el que es causal del resultado típico.

Posteriormente Mezger, quién intentó brindar un supraconcepto de acción, señaló que el que actúa siempre hace algo mientras que el que omite no es que no hace nada, sino que deja de hacer algo¹⁵, por lo que establece que detrás de toda omisión hay siempre una acción esperada, que entre acción y omisión hay un elemento en común que consiste en que ambos se refieren a un valor, aquí se vislumbra la influencia del neokantismo. Con estas referencias Mezger lleva el tema al plano de la antijurídica, con lo que, esa intención de crear un supraconcepto de acción pierde su función como *“elemento de enlace o unión”*¹⁶ entre las diferentes categorías que presenta la estructura del delito, por lo que el concepto de acción no podrá ser el concepto base del sistema.

En la actualidad Baumann¹⁷ aporta un concepto que engloba la acción y la omisión. Comienza diciendo que la acción es la *“conducta humana voluntaria”*, concepto que también es extensivo a la omisión según dice, ya que en ambas estarían presentes los mismos elementos. Señala al respecto que *“la no existencia de la causalidad de la conducta omisiva se funda sobre todo en la*

circunstancia de que a la omisión le falta evidencia, por lo que si la omisión se vuelve evidente – lo que a su juicio, es perfectamente demostrable en un buen número de casos-, no cabe duda de que existirá causalidad”¹⁸. Esto es criticado ya que dificulta el considerar a la omisión como una forma de conducta corporal. Sobre todo, se ha dicho que en la omisión no se puede percibir el dato de la voluntariedad, estableciéndose “sólo podrá hablarse de una voluntad de omitir en la medida en que exista una actividad motora nerviosa, tendiente a inhibir un impulso en el sentido de la acción que, en definitiva, se omite.”¹⁹

Para Mayer, la acción es voluntad objetivada, es decir, esta implica la orientación de un hecho o serie de hechos que pertenecen al mundo exterior a través de la incidencia de la voluntad humana, único factor causal importante desde la óptica jurídica. Este autor señala que la voluntad humana determina el curso de la realidad por medio de conductas activas u omisivas. La omisión, por tanto, se englobaría dentro del concepto de acción que suministra, por cuanto, en ella se encontraría presente esa “voluntad objetivada” que constituye el requisito de la acción y por lo cual la omisión sería un caso especial de movimiento. Lo planteado por el autor recibe como crítica cómo puede sostenerse que el descanso físico constituiría un supuesto especial de movimiento, añadiendo de que en la omisión no es necesaria una voluntad de omitir, por ello no puede caracterizarse como una voluntad objetivada.

Contrariamente a lo expuesto por los autores anteriores, el concepto de acción en el finalismo varía en el todo. Señala Welzel, fundador de la corriente finalista, que la acción es “*el ejercicio de la actividad final.*”²⁰ Según Hartmann “*la acción –conducta humana en contraste tanto al producir objetivo causal, como a la reacción instintiva del animal- está constituida por la dirección del “suceder real” hacia lo “deseado”, hacia la meta, por interposición de propias determinantes.*”²¹ Surge así claramente que para el finalismo, la finalidad es el elemento esencial de su concepto de acción y que esta finalidad reside en que “*el hombre sobre la base de su saber causal, puede prever, en cierta medida, los posibles efectos de su actividad, proponerse metas de diferente naturaleza, y encausar conforme a un plan su actividad a esta consecución de la meta.*”²². Podemos afirmar que estamos frente a una acción que el sujeto dirige voluntariamente hacia la obtención de una meta, en la cual, la ausencia de este elemento final implica que la acción no quede configurada como tal en su estructura y así reducida a un ciego proceso causal.

Para el causalismo, el contenido de la voluntad no pertenece a la acción sino a la culpabilidad, motivo por el cual se habla de voluntariedad y no de voluntad. Welzel, por el contrario, cree que la acción no se agota en el solo elemento causal, sino lo que la caracteriza es que es una actividad

humana, en la cual la finalidad es inherente a ésta y sin la cual no se puede ni comprender ni diferenciar de un proceso físico.

Por otro lado, autores finalistas intentaron otorgar un concepto unitario de acción, que abarque tanto a la acción en sentido estricto y a la omisión. Así, para Arminn Kaufmann el término omisión alude a una negación que esta ineludiblemente relacionada con una acción, concluyendo que omitir es “no realizar una determinada acción que ha sido pensada”²³, entendiendo que esa acción omitida es en casi todos los casos final, además de ser posible de realizarse por parte del sujeto. De esta forma, con la exigencia de que el omitente pueda llevar a cabo la acción con la que se relaciona la omisión, el autor introduce un nuevo elemento en su concepto de omisión, *la capacidad de acción*; y así, evita incurrir en el error que se ha cometido desde los orígenes de la búsqueda de un concepto superior de acción, el que consistía en encontrar en la omisión los elementos de la acción. Esta capacidad debe ser entendida en el sentido de conocer la finalidad de la acción posible, por tanto, es capacidad de acción final, a esta capacidad de acción pertenecen todos aquellos requisitos de carácter intelectual que permiten planificar la realización o no de un acto. Así, Kaufmann concluye que el elemento común entre la acción y la omisión no puede ser otro que la capacidad de acción, estimando que se encuentra en la posición de dar un concepto superior al de acción, recurriendo al término “conducta”, la que define como “*actividad o pasividad corporal comprendidas en la capacidad de dirección finalista de la voluntad*”²⁴.

Welzel²⁵ señala que tanto la acción como la omisión, son formas de aparición de una conducta humana dominable por una voluntad final, estableciendo que omitir es no realización de una acción cuya realización es posible al autor por caer bajo su poder de acción final (finalidad potencial), por lo que puede extraerse que para Welzel la capacidad de acción es un elemento esencial en la omisión. Además, para este autor, la “acción esperada” o “exigida” no es un elemento del concepto de omisión, por lo cual su teoría de acción es de carácter ontológico, ya que prescinde de toda referencia a normas. Estima que el concepto de acción es de carácter prejurídico, que existe con anterioridad a la valoración humana y por ello precedente a la valoración jurídica. Señala que acción y omisión se comportan como “A” y “no A”, como hace un tiempo atrás lo había señalado Radbruch, concluyendo que es un error incluir a la omisión dentro de un concepto de acción, ambas son subclases independientes dentro de la “conducta” susceptible de ser regida por la voluntad final.

Se critica a esta corriente finalista, en relación al concepto superior o supraconcepto de acción, señalando que la finalidad presente en la omisión es de carácter potencial, al respecto Silva Sánchez manifiesta que “*la capacidad de acción, en todo caso, es un presupuesto de la conducta*

*humana, pero no su propia esencia, que viene constituida por “el ejercicio de actividad final”. Por el contrario, en la finalidad potencial solo la potencialidad es real; la finalidad es irreal. Y es la existencia real de esta última lo decisivo, según el finalismo, para la existencia de la conducta.*²⁶

Otra crítica que recibe el finalismo es en relación al carácter ontológico de la conducta, se establece que es incompatible con la naturaleza normativa que posee la omisión. Es inviable dar un concepto de omisión en cuanto forma de comportamiento que interesa al Derecho Penal sin contar con lo que las normas penales imponen hacer, a quienes y cuando se lo imponen.²⁷

Cambiando de visión, el concepto social de acción es el comportamiento socialmente relevante, es la realización de un resultado que adquiere relevancia social. Eb. Schmidt, en su reelaboración del tratado de Von Liszt, define a la acción como *“conducta voluntaria hacia el mundo externo social.”*²⁸ En esta línea de ideas, Engisch define al actuar como *“la producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes.”* De aquí surge claramente como elemento común lo social, que permite incluir dentro de él todas las manifestaciones de la conducta delictiva, por cuanto todas ellas pueden ser caracterizadas *“sin violencia alguna como fenómeno social”*²⁹ y *“en cuanto elemento de enlace o unión también parece mucho más adecuado que el concepto natural y que el final de acción, ya que las valoraciones juridicopenales se pueden conectar de modo más convincente al acontecer social existente en cada caso que a los movimientos musculares a la finalidad, inexistente en las omisiones irrelevante en los hechos imprudentes.”*³⁰

Como se dijo al comienzo, acción para esta escuela es el comportamiento relevante socialmente, entendiéndose por comportamiento a *“toda respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o, al menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de la que dispone gracias a su libertad.”*³¹ Al establecer que es una respuesta del hombre, se excluye el reproche penal a personas colectivas. Por otro lado, por relevancia social, estos autores dirán que un comportamiento cumple ese requisito si *“atañe a la relación del individuo con el mundo que le rodea y afecta sus consecuencias.”*³² Jescheck señala que la característica fundamental del comportamiento activo es la finalidad y la del omisivo es la dirigibilidad hacia la acción esperada y no realizada. Reconoce que omisión y acción, desde el punto de vista del ser, son esencialmente opuestas, no obstante ello, estima que es posible aunar esas formas de comportamiento bajo un criterio normativo superior que consiste en la relación del comportamiento humano con el mundo circundante, es decir, en el concepto social de acción que nos dice *“el concepto social de acción abarca, así, a todas las formas de comportamiento que resultan de algún modo relevantes en orden al juicio de imputación.”*³³

Como críticas a esta teoría, se establece que la misma no puede cumplir una función delimitadora, porque no permite excluir previamente ciertas acciones como son los actos de las personas jurídicas, movimientos puramente reflejos u otros no controlables, ya que no puede negarse que son socialmente relevantes. En respuesta a ello, los defensores de esta postura se apoyan en criterios del concepto natural de acción, la voluntariedad, la dominabilidad y otros similares. La crítica formulada a la teoría social de la acción en cuanto a que su concepto de acción como “comportamiento (activo u omisivo) dotado de significación social” y su concepto de omisión como “no hacer algo determinado” dotado también de significación social y desvinculado de la idea de una acción esperada, es totalmente vacío, en el sentido de que el sólo “no hacer algo determinado” carece de sentido y de significación social en tanto no se precise que es ese algo determinado que se omite hacer, es decir, debe recurrirse a un sistema normativo para precisar la acción esperada con lo cual el concepto de omisión no tiene una naturaleza prejurídica como pretende esta teoría ni una neutralidad valorativa. Lo que caracteriza a la omisión es que es un concepto esencialmente normativo (Así Gallas³⁴ entre otros). *“En la omisión no existe un sustrato real prejurídico previo a las valoraciones penales”*,³⁵ la omisión es una nada desde un punto de vista ontológico y solo en el plano normativo alcanza sentido, por lo cual el mismo autor concluye que *“cualquiera teoría de la acción que se construya previamente sobre datos ontológicos, no puede adecuarse en ningún caso a la forma fenomenológica de la omisión. En el campo pretípico no existe ninguna base común para el actuar y el omitir.”*³⁶

Ahora bien, como señale en un comienzo, se esbozaran unas breves líneas respecto a la concepción negativa de la acción, desarrollada por Hezberg, quién propone una nueva orientación del estudio de la teoría de la acción, partiendo del estudio de la omisión para luego intentar encontrar en la acción los elementos de la omisión, en sí, la no-evitación de un resultado y la existencia de una posición de garante. El punto central de estas teorías es el “principio de evitabilidad” que permite imputar un resultado a una persona si no lo ha evitado pudiendo hacerlo y siéndole exigida esa evitación por el derecho. Este autor utiliza este principio como base del concepto de acción, comprensiva tanto de la comisión y omisión, manifestando que *“la acción del Derecho Penal es el no evitar evitable en posición de garante.”*³⁷

En este sentido, Herzberg señala que *“el hombre se encuentra en el centro de un círculo de dominio, que, al mismo tiempo, es una esfera de responsabilidad. Cuanto más se extiende al exterior, menor es la intensidad de dominio y más dudosa es la responsabilidad del garante... Por el contrario, cuanto más se acerca al centro, más obvia resulta la posición de garante. Y cuanto más interior lo constituye sin duda la persona misma, en su unidad de cuerpo y alma.”*³⁸ Es así

que, el autor, partiendo de un elemento que es propio de la omisión, la posición de garante, posición que surge del deber de control de una fuente de peligro, establece que esa posición será más clara cuanto más cerca este el sujeto de la fuente de peligro, y en ese sentido, parece innegable que el centro de peligro más próximo al individuo es su propio cuerpo y así lo decisivo en la acción no consistiría en el momento en el que un sujeto dispara a otro causándole la muerte, sino en no haberlo omitido en el momento decisivo.

Actualmente Jackobs y Behrendt sostienen un concepto negativo de acción aunque con algunas diferencias a lo que planteaba Herzberg. Jackobs define a la acción como “*realización evitable del resultado*”³⁹, estableciendo al resultado ya en la ejecución de un movimiento corporal (delitos de mera actividad), o bien una consecuencia situada más allá de este movimiento corporal (delitos de resultado). Para el autor, esta evitabilidad vincula el resultado con la motivación, importando solo los resultados que son conocidos (dolo) o al menos cognoscibles (culpa) como consecuencia de un proceso motivacional, el cual consiste en “*las direcciones de impulsos voluntariamente conformadas o voluntarias y conformables sin ulterior actividad corporal.*”⁴⁰ Luego, señala que toda acción puede ser reformulada como una omisión, aunque no a la inversa. Jakobs formulará una teoría unitaria de la posición de garante, tanto para los delitos de comisión como para los omisivos, “*no sólo el autor de la omisión, sino también el de la comisión debe ser garante si es que ha de responder de un delito de resultado mediante comisión.*”⁴¹

Por último, Jackobs entiende que omisión y acción son iguales “normativamente”, no obstante su diferencia en el plano ontológico. Por su parte, Behrendt, adhiere al concepto negativo de acción recurriendo a un criterio al que podemos llamar como psicoanalítico, según el cual en el hombre residen “manifestaciones instintivas destructivas”, no haciendo referencia al actuar de la persona en general, sino solo a esas manifestaciones destructivas. Este autor dirá que la acción es “contraconducción omitida” y omisión será “*no evitación evitable de la situación típica*”, en la que se encuentra como presupuesto la existencia de una situación de peligro, de la que se deriva una expectativa de acción y esa capacidad mencionada de contraconducción.

Respecto a esta teoría el mismo Herzberg reconoce que el concepto que da de omisión, no tiene la aptitud de abarcar a todas las formas omisivas posibles, en no todos los casos de omisión propia se presenta el elemento de la posición de garante, así perdería su valor limitativo, llegando a concluir que los casos de omisión de auxilio y omisión de denuncia quedan excluidos del concepto de acción, aquí el omitente no es el garante.

Otra crítica que se formula a esta teoría negativa consiste en que el autor de un delito comisivo se encuentra obligado a evitar el resultado cuyo peligro de advenimiento ha desencadenado por ser

garante de ello, por encontrarse en una posición de garantía que tendría su origen en la obligación de velar por las fuentes de peligro que el sujeto puede crear, por tanto la punibilidad del delito comisivo se fundamentaría en la no-realización de la acción salvadora que del autor de dichos actos se esperaba y, ya no en la ejecución de los actos que son realizados con el fin de producir un determinado resultado.

Por su parte, para Roxin, acción es ante todo una *“manifestación de la personalidad”*⁴², busca señalar que toda actuación de un sujeto, para que sea considerada acción con efectos penales, debe ser gobernada por la voluntad y la conciencia; debe por atribuirse al sujeto como centro. Considera que este concepto le permite servir de elemento básico en el estudio de la teoría del delito por cuanto puede abarcar *“todas las formas de manifestación de la conducta delictiva”*⁴³, sean acciones dolosas, culposas, al igual que la omisión, establece que *“las formas de aparición de la manifestación de la personalidad son muy diversas y sólo encuentran su elemento común en que se pueden imputar a la esfera anímico-espiritual del ser humano, a su personalidad.”*⁴⁴

Por último, el autor considera que el concepto que da de acción es funcional en cuanto a la delimitación existente entre esta y la falta de acción, descartando, los actos de los animales por no existir una manifestación de personalidad y los actos de las personas jurídicas, basándose en la ausencia de *“una sustancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas.”*⁴⁵

LA OMISIÓN

El concepto de omisión ha sido tema de interés por varios autores, algunos la definen atendiendo solo a su carácter negativo, como un mero no hacer, y otras, estiman que el omitir no solo consiste en un no hacer una acción indeterminada, concluyendo en que la omisión se caracteriza por un no hacer una acción que es exigida y esperada.

Para los negativistas, la omisión consiste en un “no hacer”, como elemento único de la definición de omisión, así lo señala Beling.⁴⁶ Para otros autores, este no hacer es el primer elemento de la definición a la que agregan la idea de “posibilidad”.

Beling señala que la “omisión en sí” es inactividad corporal voluntaria, una contención de los nervios motores que es dominada por la voluntad. Este concepto es negativo-intransitivo, en el que el rasgo característico de la omisión es el “no hacer nada”, motivado por la voluntad de omitir, como lo señala Silva Sánchez en su obra “El delito de omisión.”

Posteriormente, la doctrina complementa el concepto dado de omisión al agregar el requisito de la “posibilidad”, estableciendo de ese modo que la omisión es “no hacer algo (posible)”. Admitiendo los caracteres de negatividad, con el que se dice que la omisión se agota en la negación y el de transitividad, que refiere a que la omisión no consiste en no hacer en absoluto, ni en un hacer indefinido, sino en un no hacer algo, no llevar a cabo determinada acción, la que debe haber sido posible de realizar. Se ha señalado que el primer autor que define la omisión como no hacer algo determinado fue V. Liszt, en su obra señala “...solamente hablamos de una omisión en la vida ordinaria, cuando teníamos fundamento para esperar un acto posible de parte de una persona.”¹⁴⁷

Respecto a esta “posibilidad”, hay consenso al decir que es un requisito que debe estar presente para que haya omisión. El exigir que la acción no realizada sea posible “no implica, de por sí, decisión alguna acerca de para quien debe haberlo sido y en qué circunstancias. Así, cabe imaginar acciones “humanamente posibles”, sin más precisiones; o posibles para el hombre medio en la situación del sujeto; o, en fin, posibles para éste en su concreta individualidad.”¹⁴⁸ Aquí se puede apreciar que los autores se dividen entre los que adhieren a un criterio general y los que lo hacen a un criterio individual de la posibilidad. Los primeros entienden “que si el hombre medio en la situación del autor habría podido realizar la acción, el sujeto que no la realiza omite, aunque personalmente no pudiera llevarla a término.”¹⁴⁹ Por el contrario, el segundo toma en consideración conocimientos y capacidades personales del sujeto en cuestión y de si éste habría podido cumplir con la acción exigida.

Para Welzel, y para la mayor parte de los finalistas, la omisión consiste en un no hacer referido a una acción, así este autor señala “no existe omisión en sí, sino solo la omisión de una acción determinada.”¹⁵⁰ Añadiendo posteriormente que “omisión no significa un mero no hacer nada, sino un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta.”¹⁵¹ De esta forma, esta definición se ubica dentro de las concepciones negativas que concluyen que omitir es no hacer. Vale destacar que en la posición de este autor la transitividad es una nota característica, por cuanto omitir es no hacer una acción final teniendo capacidad de acción y no solo un no hacer nada.

Otro autor finalista como Armin Kaufmann sostiene que “La omisión ni es realización de voluntad, ni puede ella soportar una voluntad de realización, cosa esencial para la omisión no es el gobierno final del omitir, sino la finalidad potencial en relación con la acción ausente.”¹⁵² Cabe advertir que aquí desaparecen todas las características que la corriente finalista intentó dar a la acción (en sentido amplio), como una conducta final, formulada desde el punto de vista ontológico, ya que en

la omisión no existiría ni voluntad ni finalidad e incluso, según estos autores, la omisión carecería de dolo.

Resulta un gran aporte la introducción del requisito de la posibilidad por parte de estos autores, requisito que con posterioridad, la mayor parte de la doctrina considera integrante del concepto de omisión.

Distinto es para las concepciones positivistas, para las cuales la omisión no consiste en un mero no hacer algo, sino que se le atribuye a esta *“contenido de sentido trascendente al mero no hacer algo.”*⁵³ Esta positividad en la omisión fue concebida de dos maneras distintas, lo que generó la división de dos grandes grupos, aquellos para los cuales la positividad de la omisión radicaba en un *“ser de otro modo”*, es decir, *“por una forma diferente del ser, por una forma distinta de objetivación de la voluntad, con independencia de expectativa y de juicios de terceros.”*⁵⁴ Una positividad de la omisión ontológica y no normativa. Para ellos la omisión no consiste en el solo no hacer, es decir, no se agota en lo negativo y es necesario otorgar un sentido a la omisión para lo cual es necesario *“contemplarla no aisladamente, sino en el marco de toda la situación que le transmite su propia significación.”*⁵⁵ Esta omisión, o comportamiento del sujeto que consiste en un no hacer algo determinado puede ser captado sensorialmente, se presenta en el mundo dotado de una significación social, lo cual permite situar la positividad de la omisión *“en el hecho de ser una respuesta al entorno”*⁵⁶

El grupo restante estaba conformado por aquellos autores que sostenían que esta positividad en la omisión radicaba en el plano normativo, es decir, en el marco de un sistema de normas para los cuales la omisión no consiste en uno no hacer una acción posible sino que esa acción, además, debe haber sido esperada o exigida de alguna forma. En este sentido, Liszt señala que *“solamente hablamos de una omisión en la vida ordinaria, cuando teníamos fundamento para esperar un acto posible de parte de una persona”*,⁵⁷ estableciendo como requisito indispensable para que se verifique que hubo omisión la existencia de un deber de actuar, por lo que las abstenciones de un sujeto que no se encuentran exigidas o esperadas no constituyen una omisión en términos penales. En esta línea, Jescheck señala *“Omisión no significa no hacer nada; sino no hacer algo determinado y esperado.”*⁵⁸

Tal vez el problema que suscita mayor controversia en la doctrina es el relativo a cuál ha de ser la naturaleza de la expectativa de manera que su frustración se considere omisión a los efectos del Derecho Penal o expresado de otro modo ¿la defraudación de cualquier expectativa da lugar a una omisión en sentido jurídico penal? En concepto de Silva Sánchez, en su obra ya citada, esta discusión se reduce al análisis de unas posturas claramente delimitadas y que son:

1. Aquellos que entienden el concepto de omisión sobre la base de la defraudación de una expectativa social ya sea prejurídica o extrajurídica;
2. Aquellos que configuran el concepto de omisión sobre la base de una expectativa jurídico-penal y;
3. Los que sostienen que es necesario la defraudación de la expectativa contenida en el tipo penal.

1. El concepto de omisión aparece ya configurado como *“realidad con sentido, de modo previo al enjuiciamiento jurídico-penal.”*⁶⁹ para aquellos que adhieren a esta posición es necesario que la expectativa, cuya decepción da lugar al concepto penal de omisión, no tenga necesariamente reconocimiento jurídico previo para dar contenido al concepto de omisión, señalando que esta expectativa debe tener un carácter social. La defraudación de esta expectativa social, en cuanto a su origen, ha llevado a la doctrina a distinguir dos corrientes: una que señala que esta expectativa tiene un carácter prejurídico y otra que entiende que el carácter es extrajurídico.

2. Esta postura que cree que la expectativa jurídica es previa a la tipicidad dirán que omisión es un concepto jurídico en el sentido de que consiste en la defraudación de una expectativa jurídica de acción. Así sostiene Liszt, para quien omisión consiste en *“no impedir, voluntariamente, el resultado”*⁶⁰. Por su parte, Mezger señala que *“lo que convierte a la omisión en verdadera omisión es la acción esperada que el autor ha omitido realizar; porque no ha realizado esta acción que se esperaba de él es por lo que es punible...”*⁶¹ Este autor, como ya se ha visto, intentara otorgar un concepto superior de acción que comprenda a la acción en sentido estricto y a la omisión.

3. Respecto a quienes establecen lo “típico” como elemento de referencia del concepto de omisión, cabe señalar que esta teoría sostiene que el concepto de omisión se constituye como tal, por referencia a la tipicidad, es decir, a una noción normativa y típica. Así el concepto de omisión surge en base a un juicio de naturaleza penal desde el tipo. Según Silva Sánchez esta teorías son consecuencia del normativismo como reacción a las insuficiencias del naturalismo en el estudio de los hechos jurídicos y también a las teorías de carácter sociológico o valorativo social que como hemos visto pretenden atribuirle a la omisión un carácter prejurídico con respecto al enjuiciamiento penal. Para esta corriente el solo permanecer inactivo no constituye omisión si no contradice una expectativa jurídica de acción y es así que se define a la omisión como aquella *“infracción de una*

*norma penal imperativa a través de una conducta positiva o negativa consciente y voluntaria.*⁶² En conclusión el concepto de omisión se construye como tal en referencia a la tipicidad, es decir, a una noción normativa. La omisión surge en virtud de *“un juicio de imputación que se produce en el tipo. Mediante dicho juicio se atribuye (imputa) a la conducta del sujeto la no realización de una prestación positiva estimada ex ante como necesaria para la salvaguarda de un Bien Jurídico.”*⁶³

Clases de omisión

Para la conceptualización de ambos tipos de omisión, tradicionalmente la doctrina ha recurrido a un criterio formal y externo como criterio de distinción. Este criterio es el de si el delito de omisión tiene o no una regulación legal. Este criterio fue propuesto por Arminn Kaufmann⁶⁴ y seguido por un buen número de tratadistas. Para estos autores la distinción entre las clases de omisión se realiza acudiendo a un criterio de naturaleza jurídico-positiva y, así, el delito de omisión propio es aquel que tiene su regulación en la ley, será por tanto, en otras palabras, aquel que tiene una tipificación legal expresa. Por otro lado, el delito de omisión impropia es aquel que ha sido creado al margen de la ley⁶⁵ por la jurisprudencia o la doctrina, en base a un tipo establecido por la ley que solo se remite a la acción. Por tanto, al faltar la tipificación legal expresa de la omisión es preciso que esta se castigue por el marco penal de un tipo comisivo.

Por su parte, Zaffaroni distingue en omisiones de distinto tipo. Así, serán tipos de omisión propia aquellas en que el autor puede ser cualquiera que se encuentre en la situación típica y estos tipos de omisión propia se caracterizarían porque no tienen un tipo activo equivalente. Por otro lado, las omisiones impropias son aquellas en que el autor solo puede ser quien se encuentra dentro de un delimitado círculo que hace que la situación típica de la omisión equivalga a la de un tipo activo. *“La doctrina ha vacilado mucho a este respecto, hasta que se encontró que la limitación debía provenir del círculo de autores. Solo pueden ser autores de conductas típicas de omisión impropia quienes se hallan en posición de garante...”*⁶⁶

Cuál de las dos categorías es preferible no debe consumir demasiadas discusiones. Se trata de tener claro que hay delitos de omisión que requieren para su tipicidad sólo la omisión de una acción, mientras que en otros la tipicidad requiere que se haya omitido evitar un resultado y que en estos últimos casos la punibilidad puede no estar expresa en la ley.

La omisión propia

Es aquel que se agota en *“la no-ejecución de la actividad ordenada por la norma; la acción típica estribará simplemente en que el “autor” no ha sido activo en la dirección ordenada.”*⁶⁷ Estos delitos consisten en la pura desobediencia frente a una norma imperativa en los cuales no importan las restantes consecuencias que genera el no hacer. Jescheck establece que *“lo acertado es... considerar los delitos propios de omisión como hechos penales que se agotan en la no realización de la acción requerida por la ley”* y más adelante concluye acertadamente que en estos casos *“el legislador no obliga al omitente a impedir el resultado, y por ello tampoco hace de la producción de un determinado resultado un elemento del tipo.”*⁶⁸

Estos tipos de delitos, requieren la verificación de los tres elementos del tipo:

1. La situación típica generadora del deber;
2. No realización de la acción mandada;
3. Poder de hecho de ejecutar la acción mandada⁶⁹

Estos elementos tienen por finalidad permitir comprobar que la acción realmente realizada por el omitente no es la acción mandada. La comprobación de la tipicidad de los delitos de omisiones, en cierto modo, una operación inversa a la que corresponde llevara cabo en los delitos de comisión: en estos es preciso subsumir la acción realizada bajo la descripción contenida en el tipo; en los delitos de omisión la tipicidad se verifica demostrando que la acción realizada no se subsume en el modelo o esquema de la acción que requiere el ordenamiento jurídico (la acción puede agotarse en un determinado comportamiento, por ejemplo, denunciar; o también ser un comportamiento que evite un resultado, por ejemplo, impedir la comisión de un delito de determinada especie).

Cabe señalar que estos elementos son comunes a los delitos de omisión impropia.

1. El primer elemento es la situación de hecho de la que surge el deber de realizar una determinada acción, situación que representará en todos los casos un peligro para un bien jurídico. La situación suele estar descripta en la ley, como sucede por ejemplo con el art. 108 de nuestro ordenamiento de fondo. Casos donde se genera el deber de actuar para cualquiera que se encuentre con la persona necesitada de auxilio.
2. En este elemento, señala Bacigalupo⁷⁰, que la comprobación se logra mediante la comparación de la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar. Esta acción generalmente está descripta en el tipo cuando la ley solo exige la realización de una acción. Caso contrario, no está descripta cuando el deber

requiere evitar el resultado, casos en que la acción exigida es la que impediría la producción del mismo.

3. La capacidad del obligado a realizar la acción mandada o de evitar el resultado es un elemento de carácter individual. Es posible considerar, en primer lugar, que la capacidad de ejecutar una acción o de evitar un resultado debe evaluarse sin tomar en consideración el conocimiento que el autor tenga de ella,⁷¹ así se dice que por ejemplo que tiene capacidad aquel que no sabiendo nadar tiene la posibilidad de arrojarle al sujeto que cayó al agua un salvavidas. Por otro lado, es necesario que el obligado haya “*podido tomar la decisión de la acción mandada y de realizarla*”,⁷² por cuya razón se requiere como elemento esencial de la capacidad tanto el *conocimiento de la situación* generadora del deber, como la *cognoscibilidad de los medios para realizar la acción* y el *conocimiento del fin de la acción*⁷³

La omisión impropia

En este delito, podemos señalar que además de existir un no hacer (la no realización de la acción ordenada por la ley por medio de una norma jurídica imperativa) se exige que se produzca un determinado resultado, el cual será imputado al autor de la omisión en virtud de la ley o por una equivalencia de orden estructural y normativa entre acción y omisión.

En una primera aproximación, podemos decir que el delito de omisión impropia tiene las siguientes características:

- un tipo penal que contemple un resultado lesivo de un bien jurídico;
- un omitente obligado específicamente a proteger de manera activa ese bien y;
- la no realización por ese omitente de movimientos corporales que habrían permitido impedir la lesión de ese bien jurídico.

Los delitos impropios de omisión son la contrapartida de los delitos de comisión de resultado de lesión: su problemática sustancial consiste en establecer cuando no evitar el resultado es punible, pues equivale a la producción activa del mismo. En los delitos propios de omisión esta equivalencia está expresamente establecida en la ley

DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA

El delito de omisión impropia es aquel en que ocurre un no hacer que produce un resultado lesivo para un bien jurídico protegido, se incumple el mandato impuesto de actuar. La doctrina señala que se puede adscribir ese resultado a la omisión por la equivalencia que existe entre actuar y omitir como proceso social de relevancia jurídica. Pero para limitar el círculo de autores posibles se exige la concurrencia de una posición de garantía que origina un deber de actuación y de evitación, que impone el deber de actuar positivamente en la protección de ese bien jurídico. De esta forma, solo ciertas personas que tienen una determinada cercanía y vinculación social con ese bien jurídico, se encontraran en el deber de conjurar los peligros que se presenten y evitar que se conviertan en un proceso lesivo de estos. Esta posición de garantía como lo señala la mayoría de la doctrina será un elemento no escrito del tipo legal. Uno de los mayores problemas del delito omisivo impropio es el de determinar cuáles son las fuentes de la posición de garantía, para lo cual se adhiere a la teoría material de las fuentes de garante en la proposición que formula Kaufmann, Roxin, Jakobs entre otros, lo que será analizado más adelante.

Bacigalupo sostiene que para este delito se presentan tres grupos de casos que sirven para ejemplificar el concepto de omisión por comisión:

- a. los casos en los que el obligado a obrarse pone voluntariamente en condiciones que le impiden realizar la acción debida:⁷⁴ ejemplo el cajero de un banco se pone en estado de ebriedad para no impedir que otro compañero se apodere del dinero que tiene a su cuidado;
- b. los casos en que el obligado a realizar la acción da comienzo a la acción debida, pero en un determinado momento la abandona o la interrumpe: el que arroja un salvavidas a otro pero luego se arrepiente y lo retira antes de que la víctima se haya servido de él y logrado salvarse;⁷⁵
- c. los casos en los que uno —no obligado a obrar— impide que lo haga el obligado a hacerlo.

Al respecto, Zaffaroni señala que la doctrina denomina a estos delitos a los que tienen una estructura que se corresponde con otra activa a la que se equipara. De esta forma, al ser equiparada la omisión a una comisión, requiere que la lesión del bien jurídico sea de la misma forma que en el caso de la estructura activa.⁷⁶ Añade, que la nota distintiva de este tipo de delitos consiste en que, al tener una estructura equiparable a la activa, sus autores no pueden ser

cualquier sujeto, sino aquellos que se encuentran, respecto del bien jurídico, en lo que la doctrina denomina posición de garante.

El tipo objetivo en los delitos de omisión

El tipo contiene la descripción del hecho voluntario al cual se asocia una pena y estos elementos sirven para determinar el ámbito situacional en el que se desarrolla el proceso interactivo de vinculación entre sujeto activo y sujeto pasivo. Esto tiene especial trascendencia en el delito de omisión impropia por cuanto, como ya se ha señalado, una de las características de la omisión impropia es la de que, por regla general, estos delitos no se encuentran regulados por la ley en forma específica y su construcción y elaboración se realiza acudiendo a los tipos de acción (que permitan su configuración omisiva) y en los cuales la omisión se verifica por la no evitación del resultado lesivo al bien jurídico por el sujeto sobre quien pesa un deber jurídico cualificado de evitación (posición de garantía). Como antes se dijo existen omisiones impropias especialmente reguladas por la ley, en las cuales, por tanto, la determinación del tipo objetivo será menos dificultosa que en los casos en que la omisión impropia se elabora en base a un delito de acción que permite su realización por omisión.

Se conforman por:

- Situación típica
- Que no se realice la acción destinada a evitar el riesgo: el no actuar implica determinar la persona que debía actuar, es decir, la posición de garantía.
- La capacidad de actuar o de evitar el resultado
- La producción de un resultado que la acción omitida pudo haber evitado y su imputación a la omisión.

Situación típica

Consiste en que se dé en la realidad la situación de hecho que implica el peligro de lesión de un bien jurídico y que en los delitos de omisión impropia, que como se ha dicho requieren de la producción de un resultado, que menoscabe o lesione un bien jurídico, lo que implica que nace en el sujeto (garante) la obligación de realizar la acción destinada a evitar esa lesión. Se requiere, por

tanto, que se den los presupuestos que el tipo circunscribe y cuya concurrencia hace que el ordenamiento jurídico exija una actividad que tienda a alcanzar el fin fijado por la norma penal.

Zaffaroni señala que la situación típica del delito de omisión impropia consiste en *“una situación en que la afectación del bien jurídico equivaldría a la de una estructura típica activa. En este sentido, el tipo objetivo omisivo siempre es un tipo circunstanciado.”*⁷⁷ Este autor indica que lo que constituye la esencia del tipo objetivo es la exteriorización de una conducta distinta a la ordenada. En el tipo omisivo se demanda la existencia de una conducta que no se dirija al fin ordenado (la evitación de la producción de la afectación al bien jurídico).⁷⁸

Establece Jescheck que *“contenido del deber de actuar se determina generalmente de acuerdo con las circunstancias. Lo decisivo es la meta de la protección del objeto de la acción frente a la lesión típica o puesta en peligro.”*⁷⁹ Las circunstancias determinan cual deberá ser la acción a realizar (y que de no realizarse implican omisión) y que permitirían la imputación del resultado a la omisión.

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

Respecto a la norma jurídica vulnerada con la omisión impropia se ha señalado que se trataría de una norma prohibitiva (prohíbe un resultado) pero otros autores señalan que se trataría de una norma preceptiva como lo hace Jescheck.

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

Respecto a la posibilidad de construir tipos de omisión considero correcta la conclusión de Silva Sánchez que propone necesario salvaguardar el modelo clásico de imputación penal y con ello todos los principios sustantivos y procesales para los delitos considerados "núcleos" o "duros" que tienen asignada una pena privativa de libertad, donde precisamente la omisión impropia se muestra en una situación "cómoda" para cumplir su misión imputativa: sujeto activo portador de deberes de garantía exclusivamente personales en función a bienes jurídicos nucleares: principalmente la vida, la libertad en todas sus facetas, y el patrimonio.⁸⁰

Fuentes del deber de actuar o posición de garantía

La doctrina mayoritaria entiende que la posición de garantía es un elemento no escrito del tipo objetivo de los delitos de omisión impropia, lo cual ha dado origen a un intenso debate para determinar los supuestos en los que una persona se encuentra en la obligación de evitar un resultado lesivo para un determinado bien jurídico.

Por su parte, Kaufmann⁸¹ entiende que La posición de garante no es un elemento de la autoría exclusivo de los delitos impropios de omisión, aunque también en los delitos tipificados en los que se exige evitar un resultado el omitente es garante.

Respecto de las fuentes de la calidad de garante, se dice que Feuerbach fue el primer jurista que concibió la calidad de garante, derivándola de la ley y el contrato. Estas fuentes fueron consideradas como tradicionales; nos lleva directamente al análisis de lo que se dio por llamar la "teoría formal del deber jurídico", que para decidir la existencia de la posición de garante atendía a sus fuentes formales y que señalaba como fuentes del deber de obrar, a la ley, el contrato y el actuar precedente.⁸²

Maurach reconoce cuatro criterios para fundamentar el deber de evitar el resultado:

a) fundamentación legal; b) fundamentación por libre aceptación; c) fundamentación por comunidades de vida y de peligro; d) fundamentación por hacer anterior.

Al hacer mención de la ley como fuente de deber puntualiza "*esta debe obligar efectivamente a la protección de determinados bienes jurídicos... o bien a la vigilancia de determinadas fuentes de peligro...*"⁸³

En general, la doctrina acepta como fuentes: a) una orden especial de la ley; b) la asunción voluntaria de una función (del deber), o sea, una libre aceptación efectiva; c) especiales comunidades de vida o de peligro; y d) una conducta anterior peligrosa.

Estas fuentes pueden ser agrupadas dentro de dos categorías, las que tienen una función protectora de un bien jurídico y las que tienen función de control de una fuente de peligro. Dentro de la primera categoría quedan comprendidas la aceptación efectiva de la obligación o asunción voluntaria, la estrecha vinculación familiar o afectiva y las especiales comunidades de vida o de peligro. La segunda incluye el actuar precedente o de injerencia; la responsabilidad por tener en la esfera de dominio ya sea animales, sustancias peligrosas, personas inimputables, etc.

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

Por último, cabe mencionar la nueva orientación de las fuentes del deber de actuar. En su obra sobre el delito de omisión, Armin Kaufmann propone esta nueva visión de las fuentes del deber de obrar, tras no haber sido traducida al español íntegramente, las referencias que se hacen a esta obra lo serán en virtud de las citas que realizan otros penalistas en sus obras. Las ideas de Kaufmann han sido adoptadas por los autores actuales y especialmente por H.H. Jescheck⁸⁴ y, así también, por la doctrina dominante en Alemania que solo conoce estos dos grandes grupos de posiciones de garante: la asunción fáctica de una función de protección y el deber de vigilancia de fuentes de peligro. Schünemann señala esto en forma muy clara: *“hoy en día apenas existen dudas sobre la diferenciación existente entre las posiciones de garante derivadas del deber de control y del deber de protección que son consecuencia directa de las dos formas de dominio lógicamente posibles, bien sobre la fuente de peligro o bien sobre el desamparo del bien jurídico.”*⁸⁵

Jakobs señala que la moderna teoría de las funciones (deber de protección de un bien jurídico y deber de vigilancia de una fuente de peligros) tiene como única ventaja la de precisar los deberes jurídicos de evitación, pero que con esa *“precisión del contenido funcional se agota ya el rendimiento de la teoría de las funciones.”*⁸⁶ Señala que de la distinción entre deberes de protección y deberes de vigilancia no se pueden vincular consecuencias sistemáticas, puesto que un mismo cometido puede formularse como función de protección y también como uno de vigilancia: *“Las protección para una persona es vigilancia, a favor suyo, de los peligros que la amenazan, y la vigilancia de una fuente de peligro es protección de las personas en peligro en cada caso.”*⁸⁷ De este modo, el autor propone dividir en dos grupos estos deberes: los deberes en virtud de responsabilidad por organización; y los deberes en virtud de responsabilidad institucional.

Cabe establecer que la posición de garante puede surgir de dos situaciones diversas.

1. De la emanada de un deber de protección de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo. Como primera aproximación, puede decirse que versa sobre aquellos casos en los que el sujeto que omite tiene a su cargo la protección de determinado bien jurídico, entrando también en consideración los cuidados debidos por parte de quien acepta el cuidado de personas que realizan actividades que pueden generar un peligro.
2. De la que se origina por el deber de cuidado de una fuente de peligro. En estos casos, el sujeto que omite ha otorgado o asumido una garantía de seguridad respecto de una fuente de peligro que tiene bajo su control. Entran aquí los peligros que provienen de las acciones propias, permitiendo así que se dé la situación en la que un hecho anterior del propio sujeto genera el peligro del bien jurídico, supuestos muy discutidos. Entran aquí supuestos tales como el del que sirve alcohol a otro y luego no impide que este conduzca un automóvil; el conductor, alcoholizado, mata a otra persona en el trayecto a su casa, ¿es responsable el que no evita que el conductor tome alcohol o le impidió que manejara el auto? Entran también aquí las obligaciones que emergen de responder respecto de los peligros creados por otras personas que se encuentren dentro del ámbito de influencia del omitente, como sucede con los padres respecto de los peligros causados por sus hijos menores.

Zaffaroni destaca que la teoría referente a la posición de garante fue primitivamente concebida como un componente no escrito adicionado al tipo de comisión, en virtud de que se consideraba que la omisión impropia era violatoria de una norma prohibitiva, habiendo sido mérito de Nagler asentar lo opuesto, o sea, que “las omisiones siempre violan mandatos normativos”

Producción de un resultado típico y su imputación a la omisión

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

El resultado consiste en aquel cambio del mundo exterior causado por la omisión en el cual se concreta la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. El resultado es consecuencia de la

omisión de la acción exigida para evitar tal lesión del bien jurídico. La lesión consiste en el deterioro o destrucción del objeto tutelado por el derecho, mientras que la puesta en peligro implica que *“el bien jurídico permanece incólume, pero su situación se altera, en perjuicio de su seguridad.”*⁸⁸

La exigencia de un resultado plantea el problema de la imputación objetiva del mismo a la omisión de la acción que lo hubiera evitado. Este tema se trató clásicamente como una cuestión de causalidad.

Cada vez que en un delito, ya sea de acción o de omisión, se incorpora a la descripción típica la exigencia de la producción de un resultado, es necesario para la realización del tipo, la existencia de un vínculo de causalidad entre acción y resultado o, en otras palabras, que ese resultado pueda ser conectado lógicamente y valorativamente con la acción u omisión. Actualmente el interrogante gira en torno a si el resultado es objetivamente imputable a la acción o a la omisión, no preguntándose si la acción u omisión son causales del resultado.

Capacidad de evitar el resultado

Al analizar el concepto de omisión señalábamos que algunos autores incluían en ese concepto el requisito de la posibilidad de evitar el resultado. También decíamos que el finalismo incluía ese elemento en su definición de omisión señalando que ésta consiste en *“un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta.”*⁸⁹ La omisión, por tanto, consiste para el finalismo en el no ejercicio de una finalidad potencial. En ese capítulo se criticaba este concepto y se concluía que no permitía otorgar un concepto satisfactorio de la omisión, pero se reconocía el importante aporte del finalismo que consiste en incorporar al concepto de omisión el elemento de la capacidad de evitar el resultado y que es adoptado por la doctrina posterior al finalismo.

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

Para determinar la posibilidad de actuación de un sujeto se debe partir de la consideración de un hombre normal pero situado en la posición del omitente, con sus conocimientos y capacidades especiales. Jescheck estima que esta capacidad de acción debe referirse a una persona que está en *“plena posesión de los conocimientos y facultades del hombre medio”*⁹⁰ pero la cuestión de la tipicidad de la omisión debe referirse *“a la persona individualizada que entra en consideración como autor en el caso concreto, pues solo la omisión de una acción que hubiera sido posible*

*precisamente para éste puede tener cualidad de injusto.*⁹¹ Es decir, al tipo del delito de omisión pertenece una capacidad individual de acción que debe considerar las capacidades especiales del sujeto (fuerzas físicas, conocimientos técnicos y facultades intelectuales), además de requerir en este el conocimiento de la situación típica y la proximidad espacial.

El tipo subjetivo en los delitos de omisión

El tipo subjetivo en esta clase de omisión coincide con el de la omisión propia, aunque se percibe una clara diferencia en cuanto al dolo.

DOLO

La doctrina se ha dividido en tres corrientes: aquellos que niegan al dolo en la omisión; los que prescinden del requisito de intención y solo exigen el conocer, teoría sustentada por Jescheck; y por último los que sustituyen la necesidad de un verdadero dolo en la omisión por el hecho de que el autor no haya querido (haya dejado de querer) realizar la conducta debida.⁹²

Para Jescheck en algunos casos de omisión el sujeto frente a una situación típica y consciente de su capacidad de acción toma directamente la decisión de permanecer inactivo, por lo cual el dolo reuniría los dos requisitos que presenta en los delitos de acción. *“En estos casos, el conocer y el querer pueden constatarse y distinguirse igual que en el delito de comisión.”*⁹³

El dolo consiste en la voluntad de realización de una acción y, en la omisión, falta la realización de una acción⁹⁴. Señala Bacigalupo que por estas razones es posible afirmar que no existe un dolo de omitir consistente en el conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo, en el sentido de los delitos de comisión. El dolo de la omisión tiene una estructura propia, y lo designa como “cuasi-dolo”. Asimismo, el autor señala que este requiere el conocimiento de la situación generadora del deber; el conocimiento de la posibilidad de realizar la acción (y, en su caso, de evitar el resultado).⁹⁵ El autor señala que el primer elemento constitutivo del dolo de la omisión es *“la finalidad dirigida a un objetivo no coincidente con el mandato de la norma.”*⁹⁶ Los elementos restantes son la conciencia de la amenaza de la producción del resultado y la aprobación o ratificación del resultado eventual.

Se discute si este dolo de la omisión requiere que quien omite haya sido consciente de la acción que omite, es decir, que se haya representado en el momento de la omisión la acción que debería realizar. Respecto a esto, tanto Welzel como Kaufmann sostienen que la representación resulta

innecesaria, exigirle importaría beneficiar al sujeto desconsiderado y al que es indiferente a los que no se podría sancionar por la omisión que posibilitó que el resultado lesión del bien jurídico se produzca.

La concepción de Kaufmann excluye la presencia de dolo en la omisión impropia: para el autor alemán existe una dependencia entre finalidad y causalidad en el sentido de que la primera de ellas implica dirección de la causalidad hacia un fin predeterminado por el autor y agrega que la sola *“observación y aún la posibilidad de prever un proceso causal no es todavía dirección final”*,⁹⁷ pero en la omisión esta voluntad de realización, de dirección de un determinado proceso causal a la consecución de un fin o resultado no se encuentra presente, por cuanto, en la omisión la realización misma no proviene de una relación de causalidad que tenga su origen en la voluntad (finalidad) del autor, sino que el curso causal sucede en forma independiente de la persona que omite. El sujeto no actúa causalmente y en la doctrina de Kaufmann no interviene, por tanto, la finalidad que orienta a la causalidad hacia un fin querido por el autor (por tanto, voluntario del omitente) y que Kaufmann resume con la idea de que *“Sin voluntad de realización es impensable una omisión voluntaria.”*⁹⁸

En similar sentido, Zaffaroni,⁹⁹ expuso que el principal interrogante que se planteó en la doctrina fue en torno a la naturaleza del dolo fue en la omisión, poniendo en duda que este tenga las mismas características que tiene en la estructura de la tipicidad activa. Señala que un sector de la doctrina le asigna un carácter totalmente diferente, llegándose a afirmar que solo se puede hacer referencia al dolo en la omisión de manera impropia, ya que en realidad, así como lo mencionara Kaufmann, se trataría de un cuasi dolo. Entiende este autor que de admitirse este cuasi dolo, el dolo en la omisión carecería de aspecto conativo. Refiere en cuanto al aspecto cognoscitivo que es siempre indispensable que el autor tenga conocimiento de la situación típica. Afirma que no hay tipo objetivo omisivo que no sea circunstanciado, y por ello, el sujeto debe tener conocimiento de las circunstancias que son indispensables para que cobre vigencia ese mandato de actuar.

Este aspecto cognoscitivo del dolo, el “saber lo que se hace”, implica aceptación del resultado que se produzca sin exigir a este autor una voluntad de realización. Zaffaroni estima que el dolo omisivo requiere la aprobación o ratificación del resultado eventual pero estima que ese es el mínimo dolo posible y considera que también será posible que exista la finalidad directa de que el resultado se produzca. De forma contundente, el autor precisa *“creemos que se puede hablar de una verdadera finalidad en los tipos omisivos y que, por ende, la situación no cambia sustancialmente respecto de los tipos dolosos activos, al menos en una medida tan grande como para que se pretenda que no hay dolo en esta forma de tipicidad.”*¹⁰⁰

Jiménez de Asúa señala que *“es dolosa la producción de un resultado típicamente antijurídico... cuando se realiza con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior.”*¹⁰¹

CULPA

La doctrina se encuentra uniforme en el sentido de que estos delitos admiten la posibilidad de su comisión culposa. Si bien es cierto se señala que la omisión es la nada, una no-acción, y podría concluirse que no es admisible la culpa, por cuanto, si ésta es la falta de cuidado exigido en un ámbito de relación determinado, no se podría predicar una falta de cuidado de la nada. Considero que tal razonamiento no es acertado, por cuanto lo que caracteriza a la omisión es la no realización de una acción esperada y exigida normativamente que se enmarca dentro de un ámbito situacional determinado y en el cual el omitente debe evitar un resultado lesivo y la culpa podrá presentarse en ese marco situacional (que debe ser considerado en su totalidad para apreciar si el sujeto actuó con el cuidado exigido) como el mal cumplimiento de un mandato. De igual manera cree Welzel para quien *“El delito de omisión culposo, tal como el delito de comisión culposo, recibe también el acento decisivo de desvalor por la infracción del cuidado objetivo requerido en el ámbito de relación. La falta de cuidado puede presentarse en todas las etapas de la acción de cumplimiento.”*¹⁰²

Zaffaroni señala un último caso de violación del cuidado objetivo que radica en el desconocimiento del sujeto de la condición que le pone en posición de garante y señala como ejemplo el del que *“por error vencible (de tipo) ignora que es el médico que está de guardia esa noche, o la enfermera a la que le corresponde ese turno.”*¹⁰³ Ciertamente si el sujeto ignora su calidad de garante por un error vencible debe concluirse su responsabilidad culposa, si es que existe el tipo culposo respectivo que abarque el resultado producido.

ANTI JURICIDAD

La primera de estas valoraciones constituye la antijuridicidad que consiste en que la acción u omisión humana sea contraria a Derecho. En un sentido formal la antijuridicidad penal significa la relación de contradicción de un hecho con el Derecho Penal o el ordenamiento jurídico en su totalidad. Es ante todo un juicio objetivo de desvalor sobre el hecho o en otras palabras *“El juicio de*

desvalor que permite la antijuridicidad penal...expresa el carácter objetivamente indeseable para el Derecho Penal de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico."¹⁰⁴

La antijuridicidad formal es aquella en que una acción contraviene una prohibición o mandato legal o al decir de Jeschek "en ella únicamente se considera la oposición de la acción a la orden normativa"¹⁰⁵ en el cual la esencia de la antijuridicidad radica en un comportamiento contrario al deber de actuar o de abstención establecido en una norma jurídica.

Respecto de la antijuridicidad material Franz v. Liszt que inició esta distinción indicaba: "Materialmente antijurídica es la acción como conducta socialmente dañosa (antisocial o al menos asocial)...La acción antijurídica es...lesión o puesta en peligro de un bien jurídico." Por tanto, una acción será materialmente antijurídica cuando contradice una ley positiva que se ajusta a presupuestos trascendentes al ordenamiento jurídico o, en palabras de V. Liszt: la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sólo es materialmente antijurídica cuando es contraria a los fines del ordenamiento jurídico regulador de la convivencia.

La antijuridicidad de un comportamiento típico se define como la realización del tipo no amparada por causas de justificación: todo comportamiento típico será antijurídico a menos que esté autorizado por una causa de justificación. Esto rige tanto para un delito de comisión como para uno de omisión. En la práctica se presentarán con mayor frecuencia casos de estado de necesidad por colisión de deberes: el deber de garante (que impone la realización de la acción tendente a evitar el resultado) y otro deber que en el mismo momento imponga al autor otro comportamiento excluyente de este. A este respecto sólo cabe apuntar al margen que la teoría más moderna admite la existencia de un estado de necesidad justificante en los casos de colisión de deberes de igual jerarquía, pues, se afirma con razón, que quien de todos modos cumple con un deber no obra antijurídicamente. Este punto de vista es válido inclusive en aquellos códigos penales que regulan el estado de necesidad por colisión de bienes atribuyéndole efecto justificante sólo a la acción que sacrifica el bien menor para salvar al mayor. La diferencia de soluciones radica en la naturaleza de la colisión de deberes.

Respecto a la antijuridicidad en los delitos omisivos podemos señalar que "la antijuridicidad del delito omisivo se caracteriza, a la inversa de la del delito de acción, por la relación de contraste entre la inactividad y el mandato de la norma, deducido del contexto del ordenamiento jurídico."¹⁰⁶

Para Jeschek debe verse la esencia de la antijuridicidad en un comportamiento contrario al deber de actuar en los casos de delitos de omisión, para lo cual deberá analizarse la situación del deber de garantía.

Es preciso señalar que en el delito de omisión impropio, como se ha dicho en reiteradas ocasiones, se castiga al omitente por el resultado acaecido, por haber dejado que se produjera encontrándose en una especial posición de garantía que lo obligaba a evitar ese resultado y no obstante eso, no evitó el resultado. Se puede apreciar nítidamente la relevancia que cobra el deber de garantía.

La doctrina mayoritaria es uniforme en señalar que en el delito omisivo impropio se aplican todas las causales de justificación del delito de acción, es decir, todas aquellas causas que excluyen la ilicitud de la conducta activa típica.

CULPABILIDAD

También la culpabilidad del delito de omisión coincide sustancialmente con la de los delitos de comisión. En la teoría domina el punto de vista de que la gravedad de la culpabilidad de una comisión por omisión es menor que la de la realización activa del tipo. Esto tiene naturalmente incidencia en la graduación de la pena.

En primer lugar, en los delitos de omisión la conciencia del injusto se refiere al conocimiento que tiene el sujeto del mandato jurídico de realizar una determinada acción y, por tanto, *“el autor debe saber que por disposición del Derecho no puede omitir la acción correspondiente.”*¹⁰⁷ Por otro lado, en el delito comisivo la conciencia del injusto se refiere al conocimiento de la prohibición que pesa sobre el sujeto. A pesar del distinto punto de referencia desde el cual debe analizarse la conciencia del injusto en ambas modalidades delictivas, su estructura es igual.

En los delitos de omisión, por tanto, la doctrina habla de error de mandato y no de error de prohibición que es el nombre usado para los delitos de acción. El error de mandato existe cuando el sujeto yerra sobre el deber de acción que pesa sobre él, es decir, desconoce la norma preceptiva que le impone una determinada acción salvadora.¹⁰⁸ Este error de mandato excluirá la culpabilidad de la omisión. El error de mandato se presentará cada vez que el sujeto no haya tenido conciencia de que el ordenamiento jurídico le exigía practicar la acción que ha omitido. El conocimiento de la antijuridicidad de la omisión debe afirmarse con el hecho de que exista un conocimiento potencial de la ilicitud de la omisión y no se requiere un conocimiento efectivo.

LA OMISIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

El art. 204 quater del C.P

Este artículo es introducido por la ley 26.524, se dijo que “La sanción de la presente permitirá satisfacer, a través de nuevas normas represivas, necesidades actuales en materia de protección de la salud pública y el medio ambiente en general, aumentando el espectro de las figuras hasta ahora recepcionadas por la legislación. Ello, con la finalidad de definir como nuevos tipos penales a determinadas conductas disvaliosas que en la actualidad vienen consternando a la opinión pública y se han manifestado con un grado de peligrosidad y reiteración que no permiten que se las continúe ignorando como tales en materia penal, requiriendo de una urgente solución legal”

Art.204 quater: *“Será reprimido con multa de diez mil pesos a doscientos mil pesos, el que teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio, almacenamiento, distribución, producción o fabricación de sustancias medicinales, a sabiendas, incumpliere con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos en el artículo 204”.*

La composición del tipo penal es bastante compleja. Veamos, nuestro Código Penal en ocasiones muy especiales utiliza tipos penales con estructura irregular, sancionando un accionar culposo que posibilita la comisión dolosa de otro delito por parte de un tercero.

Ejemplo de ello sería la llamada “malversación culposa” del art. 262 del Código Penal, que castiga con multa a quien por imprudencia o negligencia o inobservancia de los reglamentos a su cargo, “diere ocasión” a que se efectuó por otra persona la sustracción de caudales prevista en el art. 261 del Código Penal. Sin embargo, en esta particular arquitectura del tipo, lo que se castiga es la imprudencia o la negligencia que ha permitido que un tercero, por completo ajeno al autor de esta infracción, haya visto facilitada su labor para poder perpetrar un delito doloso, como es el de peculado.

Antecedentes

El castigo autónomo de estas omisiones de los deberes de vigilancia apareció en nuestro derecho, especialmente a partir de la ley 23.097 (p.ej., art. 144 quinto; aunque con estructura no del todo similar, muchos de los problemas que esa norma plantea pueden repetirse aquí)¹⁰⁹

La conducta particular de esta norma, fue introducida por la Ley 23.737, luego actualizada por la Ley 24.286 en sus montos de multa. Decía aquélla redacción: “Será reprimido con multa de mil quinientos a treinta mil pesos el que teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio de medicamentos, omitiere cumplir con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos en el artículo 204.”

Del análisis de ambos artículos surge como se han aumentado los montos de la multa y se introdujeron nuevos eslabones en la cadena de comercialización de las sustancias medicinales, incluyendo ahora el almacenamiento, la distribución, la producción y la fabricación en forma expresa. Asimismo, se ha cambiado la locución “medicamentos” por la más amplia de “sustancias medicinales”, dirigiendo la norma a un conjunto más amplio de acciones. Por último, lo más saliente de la nueva figura es que incorpora el concepto de “a sabiendas” limitando notablemente el radio de acción de la figura.

BIEN JURÍDICO

Se ha intentado proteger la salud pública, asegurándose de que el control de la comercialización o expendio de las sustancias medicinales sea hecho siempre bajo la dirección, administración o vigilancia del profesional responsable, a quien se lo coloca en posición de garante.

Se trata de colocar a una persona en una posición de garante, castigándolo con la pena de multa. Posición de garante conforme fuera analizada pormenorizadamente en los tópicos que anteceden.

ANÁLISIS DE LA FIGURA

a) *Tipo objetivo*

En cuanto al autor, sólo puede serlo quien tiene a cargo la dirección, la administración, control o vigilancia de los establecimientos destinados al expendio de medicamentos. Fuera de ellos la acción es atípica. Es por ello que creemos que se ha limitado la tipicidad, ya que sólo se extiende a estos sujetos activos los que, además, deben actuar con conocimiento e intención de omitir. Este agente debe estar a cargo de la dirección, administración, control o vigilancia de los establecimientos destinados a los fines dispuestos.

Sostiene Aguirre Obarrio que se trata de una figura de omisión dolosa. Se trata de que los sujetos indicados en el artículo omitan cumplir con los deberes a su cargo, con la salvedad de que los hechos típicos propiamente no son realizados por estos agentes, sino por terceras personas¹¹⁰.

Señala Donna de igual manera que es necesario que otra persona realice alguno de los delitos del artículo 204. Citando a Terragni, para quién se trata de un delito de omisión, *“pero a su vez posibilita la comisión de algunas de las conductas, por lo que no será difícil que se sostenga que es un delito de omisión impropia”*¹¹¹

Debe haber una relación directa, causal, entre la omisión del agente y la realización del otro delito. En consecuencia, si el otro delito se comete por otras circunstancias distintas a la omisión del autor, por otra vía, y la posibilidad de hacerlo nada tiene que ver con la omisión del autor que se estudia, no se le podrá imputar este hecho. No tiene que darse una relación subjetiva con el hecho del artículo 204, sino sólo objetiva y directa, con la mencionada condición objetiva de punibilidad, porque de ser así, se entraría en la punibilidad de otro delito.¹¹²

Parte de la doctrina sostiene que la omisión del autor tiene que posibilitar la comisión de uno de los delitos penados en el art. 204, debe haber una relación directa entre la omisión del agente y la realización del otro delito previsto. Si alguno de los delitos del art. 204 se comete por circunstancias ajenas a la omisión del sujeto activo del 204 quater, por cualquier otra vía, no podrá imputarse a éste último el ilícito.

Respecto de la omisión, esta consiste en no cumplir los deberes a cargo del sujeto activo, posibilitando que se cometa alguno de los hechos previstos en el art. 204, siendo ésta la condición para que la conducta resulte típica.

Este sujeto que se encuentra en la calidad de garante, debe encontrarse en la posibilidad de realizar la conducta debida o esperada, además de exteriorizar *“una voluntad distinta de la voluntad realizadora de la conducta debida”*, esa conducta tiene que ser *“físicamente posible”*¹¹³

No se ve con claridad cómo podría el sujeto activo de este delito posibilitar dolosamente la comisión de un suministro por parte del autorizado para la venta de sustancias medicinales en especie, calidad o cantidad no correspondiente con la receta médica o diversa de la declarada o convenida, a no ser que se encuentre presente en el mismo momento en que se realizan alguna de estas operaciones, y que a la vez haya omitido cumplir con los deberes a su cargo de modo tal que el farmacéutico haya podido cometer “su” delito de suministro infiel de medicamentos.

b) Tipo subjetivo

Es un delito doloso, lo que se evidencia en el elemento “a sabiendas” previsto por el legislador, de carácter omisivo, donde el autor conoce su deber de obrar, su posición de garante y para quedar atraído por la figura, ante ese conocimiento omite un deber de mandato. Donna señala que se da una omisión impropia sui generis, ya que el hacer exigido, es obra de otro autor.¹¹⁴

Con este obrar “a sabiendas” por parte del autor del incumplimiento de los deberes a su cargo, se hace referencia a la total comprensión y conocimiento de que no estaba cumpliendo con aquellos deberes que son propios e inherentes a su función, y que supiere, además, que de tal modo posibilitaba la comisión de uno de los hechos previstos por el art. 204.

Señala Creus que la omisión tiene que ser voluntariamente asumida ante el conocimiento del deber que incumbe al autor; pero la culpabilidad típica no tiene que extenderse, necesariamente, a la condición objetiva antes referida, ni siquiera bajo la forma de previsibilidad; por supuesto de que de existir esta última, la conducta quedara insertada en el tipo.

Ahora bien, que sucede si en el autor de esta figura se da un dolo directo en el posibilitar alguno de los delitos previstos por el art. 204, habría que pensar en la participación de este en alguno de estos delitos que posibilita, es así que en las dimensiones de la coautoría, esta participación podría asumir las formas de la omisión impropia.

Considero que no hace falta que exista acuerdo previo entre los autores de una y otra figura, aunque el autor de esta conducta deberá saber ineludiblemente, que con su incumplimiento hace posible que un tercero cometa el delito de suministro infiel de medicamentos.

Finalmente, también cabe agregar que la conducta de este ilícito en comentario debe ser anterior o tal vez concomitante al hecho delictivo del art. 204 del Código Penal, pero nunca posterior. Es decir que, si quien ejerce el control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio de medicamentos, advierte a posteriori, por su función, que debido a su consiente incumplimiento se ha podido cometer el delito de suministro infiel de medicamentos por parte de un farmacéutico cualquiera, a lo sumo podrá ser sancionado como encubridor del delito (si estuviese obligado a denunciar).

Tampoco se vislumbra la realización fáctica de una situación ilícita en estos términos legales, ya que la omisión posibilitadora del garante resultaría, en cierto modo, inconexa con el suministro infiel de medicinas, que exige una especie de engaño por parte del autor del delito del art. 204.

CONSUMACIÓN

Al respecto, el delito se consuma cuando efectivamente un tercero, sirviéndose de la posibilidad que facilita el autor de este delito comete alguno de los hechos previstos en el art. 204. Ello siempre y cuando el accionar del agente haya sido la causa eficiente y relevante de aquella ilicitud, y además haya obrado violando las reglamentaciones del cargo, con conocimiento de que tal comportamiento facilitaría de algún modo la comisión delictiva del suministro infiel de medicamentos.

JURISPRUDENCIA

Respecto a los requisitos típicos de este art., la Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala I, con los votos de los Dres. Freiler – Ballesterero – Farah, en causa 47.472 establecieron:

"Cabe recordar que el Código Penal en su artículo 204 quater establece: "Será reprimido... el que teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio, almacenamiento, distribución, producción o fabricación de sustancias medicinales, a sabiendas, incumpliera con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos en el artículo 204". "En cuanto al resultado o nexo de evitación, la omisión del autor tiene que posibilitar la comisión de uno de los hechos previstos en el artículo 204, de allí que tiene que haber una relación objetiva, directa, causal entre la omisión del agente y la realización del otro delito. Si alguno de los delitos del art. 204 se comete por circunstancias ajenas a la omisión del sujeto activo -por otra vía-, no podrá imputarse a éste el hecho (Código Penal de la Nación comentado y anotado, D'Alesio Andrés José, 2º Edición Actualizada y Ampliada, Tº II, Ed. La Ley, año 2009, pág 994)."

CONCLUSIONES

Puede observarse a través lo expuesto todas y cada una de las cuestiones que se han suscitado respecto a la omisión. Ya para poder siquiera mencionarla, y de más ardua tarea, caracterizarla; es necesario hacer referencia a la acción.

Ha quedado plasmado al exponer las teorías de autores causalistas y finalistas como se intentó dar diferentes conceptos para la omisión y la acción. Estaban los que postulaban que existía una

independencia entre ellas; quienes las relacionaban y hasta subordinaban; llegando al extremo de aquellos que la entendían como la misma cosa, una conducta.

Debe reconocerse que si bien el finalismo realizó aportes importantes, su concepto de acción en sentido amplio basado en la finalidad ha sido criticado y se reconoce la incapacidad de ésta corriente de otorgar un concepto satisfactorio de acción imprudente y asimismo de la omisión por cuanto la finalidad potencial que Welzel y sus seguidores creen ver en esas formas delictivas no son más que una irrealidad.

A su vez, el intento de establecer elementos comunes a la acción y a la omisión se ve frenada por Radbruch al decir que son conceptos que se contraponen y carecen de elementos en común.

Considero útil el concepto de acción que introduce Roxin, aunque no sirve para otorgar un concepto propio y específico de omisión, ya que al decir que omisión es manifestación de personalidad ayuda a acercarnos al tema, sin abordar de fondo en lo que es la omisión.

En este sentido quiero destacar que omisión, considero, no es cualquier “no hacer”, sino que la es ese no hacer que como consecuencia, de quedarse quieto, traiga aparejado como resultado la lesión de un bien jurídico tutelado. Si a ese “no hacer” agregamos la existencia de un deber dirigido a la persona de que se comporte de una determinada manera podemos apreciar que lo no realizado cobra un valor en sí mismo, es decir, en la medida de que exista una obligación de actuar nuestro mero dejar de hacer se transforma en omisión de aquello a lo que estamos obligados.

No debe olvidarse en este sentido que ese dejar de hacer, ese deber exigido por el ordenamiento jurídico que no se realiza y lesiona el bien jurídico debe ser posible de realizar y claro esta emanar de la posición de garante que goza esta persona frente a la cosa.

En referencia a la posición de garante, puede apreciarse que los intentos de la doctrina por limitar y precisar los supuestos en los cuales se presenta un hacer precedente que de nacimiento a una posición de garante que permita estimar que la omisión de una acción se equipara a la comisión del hecho punible de que se trate es poco fructífera y tan sólo contribuye a complicar el asunto en estudio. Creo que estos esfuerzos realizados por la doctrina en miras a volver a sistematizar las fuentes de la posición de garantía iniciado por Kaufmannm con la teoría de las funciones como criterio generador de los deberes del garante es más eficiente.

Bien se establece que uno de los problemas más grandes que genera la omisión impropia es la falta de tipificación, al ser esta la opuesta a la omisión propia, caracterizada por estar legislada. Esta cuestión de no tener fuente legal genera la colisión con el principio de legalidad. Muchos son

los autores que han señalado que este tipo de delitos son inconstitucionales por no respetar este principio, más aun cuando la ley no establece fuentes de la posición de garantía y en su mayoría son de creación jurisprudencial.

En nuestro Código Penal no existe una cláusula general como en los Códigos Europeos; pues en general la doctrina ha venido sosteniendo una construcción análoga, fundada en una supuesta necesidad de considerar inaceptable e inconcebible la impunidad de los delitos de *comisión por omisión* que no están previstos legalmente y por lo tanto son impunes.

Concuerdo respecto a la opinión dada por Zaffaroni al decir que se tratarían de *“omisiones del legislador que los jueces no están autorizados a colmar por vía de la analogía, por lo que la irresponsabilidad legislativa no autoriza la violación de la Constitución por parte de los jueces y, menos aún, la instigación a ella por parte de la doctrina”*¹⁵

Claro que al interpretar los casos penales, y ante éste problema, los jueces deben ser sumamente prudentes y aceptar la posición de garantía sólo en casos extremos en los que indudablemente exista tal obligación especial. Ante la mínima duda, deben prevalecer los principios constitucionales de *última ratio* del sistema penal, y de interpretación *pro homine*, haciendo una interpretación acorde a la constitución.

Sólo de esta forma, restringiendo al extremo la confirmación de posición de garantía ante los casos concretos, podremos salvar la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia. De otro modo, la tendencia de la jurisprudencia a extender en demasía la posición de garante, encontrando siempre una teoría que justifique sus afirmaciones, atentarán contra el principio de legalidad.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- **Bacigalupo, Enrique:** "Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal." En "Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho.", 1970.
- 2.- **Bacigalupo, Enrique:** "Principios de derecho penal.", 5ª edición, 1998.
- 3.- **Bacigalupo, Enrique:** "Delitos impropios de omisión.", editorial Temis, 1983, 2ª edición.
- 4.- **Bustos, Juan:** "Manual de derecho penal, parte general.", 3ª edición, editorial Ariel Derecho, Barcelona. 316
- 5.- **Cerezo Mir, José:** "Curso de derecho penal español, parte general." Tomo2.
- 6.- **Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo:** "Comentarios al código penal.", 1976, editorial Ariel.
- 7.- **Creus, Carlos:** "Derecho penal. Parte general.", Buenos Aires, 1999.
- 8.- **Gallas, Wilhem:** "La teoría del delito en su momento actual.", 1959.
- 9.- **GimbernatOrdeig, Enrique:** "Sobre los conceptos de omisión y comportamiento.", en ADPCP, tomo XL, 1987. 318
- 10.- **Gimbernat Ordeig, Enrique:** "Causalidad, omisión e imprudencia.", en "El derecho penal hoy.", libro homenaje al profesor David Baigún.
- 11.- **GimbernatOrdeig, Enrique:** "La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión.", en ADPCP, tomo LIII, año 2000.
- 12.- **GimbernatOrdeig, Enrique:** "La omisión impropia en la dogmática alemana. Una exposición.", en ADPCP, enero-diciembre, 1997.
- 13.- **Huerta Tocildo, Susana:** "Problemas fundamentales de los delitos de omisión.", Madrid, 1987.
- 14.- **Jakobs, Günther:** "Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría dela imputación.", 1995.
- 15.- **Jakobs, Günther:** "La competencia por organización en el delito omisivo.", en Estudios de Derecho Penal.
- 16.- **Jescheck/ Weigend:** "Tratado de Derecho Penal. Parte general.", 5ª edición, 2002. 319
- 17.- **Jescheck, Hans-Heinrich:** "Tratado de Derecho Penal. Parte general.", 4ª edición.
- 18.- **Jescheck, Hans-Heinrich:** "Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho Comparado.", traducción de José Luis Manzanares, en Jornadas sobre la "reforma del Derecho Penal en Alemania.", Madrid, 1991.
- 19.- **Jiménez de Asúa:** "Tratado de Derecho Penal.", Buenos Aires, 1975.
- 20.- **Maurach, Reinhard:** "Derecho Penal. Parte general.", Barcelona, 1962.

- 21.- **Mezger**: “Derecho Penal. Parte general.”, 6º edición, 1955.
- 22.- **Mir Puig, Santiago**: “Derecho Penal. Parte general.”
- 23.- **Mir Puig, Santiago**: “Introducción a las bases del Derecho Penal.”
- 24.- **Náquira, Jaime**: “La omisión.”
- 25.- **Novoa Monreal, Eduardo**: “Fundamento de los delitos de omisión.” 320
- 26.- **Octavio de Toledo, Emilio y Susana Huerta Tocildo**: “Derecho Penal. Partegeneral.”, 2ª edición, 1986.
- 27.- **Rodríguez Mourullo**: “Derecho Penal.Parte general.”, 1978.
- 28.- **Roxin, Klaus**: “Derecho Penal. Parte general.”
- 29.- **Roxin, Klaus**: “Injerencia e imputación objetiva.”, en “Nuevas formulaciones en las ciencias penales, libro homenaje a Klaus Roxin, 2001.
- 30.- **Schünemann, Bernd**: “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania.”, en Revista del Poder Judicial, 1998, tercer trimestre, tomo 51.
- 31.- **Schünemann, Bernd**: “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea.”, en Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Hacia un Derecho Penal económico europeo.
- 32.- **Schünemann, Bernd**: “Consideraciones sobre la imputación objetiva.”, en Teorías actuales en el Derecho Penal, 1998.
- 33.- **Silva Sánchez, Jesús María**: “La omisión. Concepto y sistema.”, 1997.
- 34.- **Silva Sánchez, Jesús María**: “El nuevo código penal: Cinco cuestiones fundamentales.”, 1995.
- 35.- **Von Listz, Franz**: “Tratado de Derecho Penal.”, 2ª edición, 1907.
- 36.- **Welzel, Hans**: “Derecho Penal Alemán.”, parte general, 11ª edición, 1970.
- 37.- **Zaffaroni, Eugenio Raúl**: “Manual de Derecho Penal. Parte general.”, 2001. 322
- 38.- **Zaffaroni, Aliaga, Slokar**: “Derecho Penal. Parte general.”, 2ª edición, editorial Ediar, 2002.

¹ *Nacido el 05 de marzo de 1988, en la ciudad de Neuquén Capital, Provincia de Neuquén. Abogado graduado de la Universidad Católica de La Plata, Provincia de Buenos Aires. Argentina. Actualmente (2018) cumpliendo funciones como Auxiliar Letrado en el Tribunal en lo Criminal Nº 5 del Departamento Judicial La Plata. Anteriormente pasante en el Tribunal en lo Criminal Nº 3 del Departamento Judicial La Plata, Provincia de Buenos Aires, desde marzo de 2015 hasta marzo de 2016. En la faz educativa me encuentro finalizando la Especialización en Derecho Penal dictada por la Universidad Nacional de La Plata.*

En cuanto a mi carrera docente actualmente me desempeño como Ayudante Diplomado en la Cátedra I de Finanzas y Derecho Tributario de la Universidad Católica de La Plata. La Plata, BA, Argentina. Asimismo colaboro en la Cátedra I de Derecho Penal II, Curso Preevaluativo de la Universidad Nacional de La Plata. La Plata, BA, Argentina.

- ²Luden. *Abhandlungen*. II.
- ³Silva Sánchez, "El delito omisivo. Concepto y sistema", pág. 8.
- ⁴Silva Sánchez, "El delito omisivo. Concepto y sistema", pág. 8.
- ⁵V. Liszt, *StrafR*, 1891, pág. 128. Citado por Mir Puig, *Derecho Penal*, parte general, pág. 153-154.
- ⁶Jakobs, *Derecho Penal*, parte general, pág. 160, 1995
- ⁷Von Liszt, *StrafR* pág. 166, citado por Roxin en *Derecho Penal*, parte general, pág. 237
- ⁸Beling, 1906, pág. 14 citado por Roxin en *Derecho penal*, parte general, pág. 238
- ⁹Roxin, op. cit., pág. 238.
- ¹⁰Citado por Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, parte general, pág. 346.
- ¹¹R. Maurach, *Derecho Penal*, parte general, pág. 194
- ¹²Zaffaroni, op. Cit., pág. 346.
- ¹³Enrique Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, Edit. Temis 1983, 2° edición, Pág. 56
- ¹⁴Krug. *Commentar zur Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen*; del mismo, *Liber Unierlassungs-verbrechen*; von Rohland, *Die strafbare Unterlassung*.
- ¹⁵Susana Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, Pág. 286.
- ¹⁶Roxin, op. cit., pág. 234
- ¹⁷Mir Puig señala "entre los Tratados alemanes actuales sólo el de Baumann sigue anclado en el clásico concepto causal de delito" en "Introducción a las bases del Derecho Penal", pág. 280.
- ¹⁸Huerta Tocildo, op. cit., pág. 288.
- ¹⁹Enrique Bacigalupo, op. cit., pág. 57
- ²⁰Welzel, *derecho penal alemán*, pág. 53.
- ²¹R. Maurach, op. cit. pág. 206
- ²²Welzel, citado por R. Maurach, op. cit., pág. 206.
- ²³Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, citado por Susana Huerta en "Problemas fundamentales...", pág. 290.
- ²⁴Armin Kaufmann, citado por Susana Huerta, op. cit., pág. 292
- ²⁵Susana Huerta, "Problemas...", pág. 292., Roxin "Derecho penal. Parte general", pág. 239 y ss., R. Maurach, "Tratado de derecho Penal. Parte general", pág. 206 y ss.
- ²⁶Silva Sánchez, op. cit., pág. 53
- ²⁷Emilio Octavio de Toledo y Susana Huerta Tocildo, *Derecho Penal*, parte general, 2ª edición, 1986, pág. 558
- ²⁸Eb. Schmidt, citado por Klaus Roxin en *Derecho Penal*, parte general, pág. 244
- ²⁹Klaus Roxin, op. cit., pág. 245.
- ³⁰Klaus Roxin, op. cit., pág. 245.
- ³¹Jescheck, op. cit., pág. 201
- ³²Jescheck, op. cit., pág. 202
- ³³Jescheck, op. cit., pág. 295-297.

³⁴Susana Huerta, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, pág. 305 en la cual cita a Gallas de *Teoría del delito*, pág. 19; Mir Puig, *Derecho penal, parte general*, pág. 297 en la cual cita a Gallas, *Teoría del delito*, pág. 17 y ss.;

³⁵Bubnoff, citado por GimbernatOrdeig, *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento*, en ADPCP, tomo XL, 1987, pág. 601.

³⁶Bubnoff, citado por GimbernatOrdeig, *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento*, en ADPCP, tomo XL, 1987, pág. 601.

³⁷Roxin, op. cit., pág. 247. Para profundizar la posición de Herzberg consultar Susana Huerta, *Problemas fundamentales...*, pág. 300 a 304.

³⁸Herzberg, citado por Enrique Bacigalupo en *Principios de Derecho Penal*, 1998, pág. 167

³⁹Günther Jakobs, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 1995, pág.940. Además, ver Gimbernat en *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento*, pág. 602.

⁴⁰Günther Jakobs, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 1995, pág.940. Además, ver Gimbernat en *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento*, pág. 602.

⁴¹Jakobs, *Derecho penal, parte general*, 2 edición 1991.

⁴²Roxin, op. cit., pág. 252.

⁴³Roxin, op. cit., pág. 255.

⁴⁴Roxin, op. cit., pág. 265.

⁴⁵Roxin, op. cit., pág. 258.

⁴⁶Beling, *Lehrevom Verbrechen*, pág. 9 citado por Silva, op. cit., pág. 21.

⁴⁷V. Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, 2ª edición en español 1927, pág. 304

⁴⁸Silva Sánchez, op. cit. pág. 27

⁴⁹Silva Sánchez, op. cit. pág. 27

⁵⁰Welzel, op. cit., pág. 277

⁵¹Welzel, op. cit., pág. 277

⁵²Arminn Kaufman, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pág. 80 y ss. y 314

⁵³Silva Sánchez, op. cit., pág. 81.

⁵⁴Silva Sánchez, op. cit., pág. 82.y de la misma opinión son Rodríguez Mourullo, Androulakis según Silva Sánchez en *La omisión...*, pág. 81 y 82.

⁵⁵Bloy citado por Silva Sánchez, op. cit., pág. 81

⁵⁶Silva Sánchez, op. cit., pág. 89.

⁵⁷Franz von Liszt, *Tratado de derecho penal*, 2 tomo, 2ª edición, 1927, pág. 304. Lo destacado es mío.

⁵⁸Jescheck, op. cit., pág. 559.

⁵⁹Silva Sánchez, op. cit., pág. 94

⁶⁰V. Liszt, op.cit.

⁶¹Mezger, citado por Cousiño, *Tratado de derecho penal, parte general.*, pág. 293.

⁶²Jeltsch Navarro, *Doctrina de los delitos de omisión*, Memoria de prueba, Stgo. de Chile, 1968, pág. 31

⁶³Silva Sánchez, op. cit., pág. 158.

⁶⁴Así lo señalan entre otros, Bustos, *Manual de derecho penal, parte general*, pág. 243 remitiéndose a la obra de Kaufmann, *Die dogmatik der unterlassungsdelikte*, pág. 206 y ss.; Mir Puig, *Derecho penal, parte general*, pág. 300; Roxin, *Derecho penal, parte general*, pág. 200.

⁶⁵De esta opinión son A. Kaufmann citado por Bustos en *Manual de derecho penal, parte general*, pág. 243 y ss.; Welzel, *Derecho penal alemán*, pág. 279, 280 y 288 y ss.

⁶⁶Zaffaroni, op. cit., Pág. 453

⁶⁷R. Maurach, op. cit. Pág. 262.

⁶⁸H. H. Jescheck, op. cit., pág. 550 y 551. Según el autor de la misma opinión son Gallas, Blei, Bockelmann, M. E. Mayer, Wessels y Schöne entre otros.

⁶⁹Bacigalupo E. *Manual de derecho penal*. p. 226

⁷⁰Bacigalupo E. *Manual de derecho penal*. p. 227

⁷¹Schmidhäuser, p. 680 y ss.

⁷²Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 99

⁷³Armin Kaufmann, *loe. cit.*, pp. 41 y ss.; p. 106; Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, pp. 150 y ss.

⁷⁴casos que Rudolphi, *loe. cit.*, denomina de *ommissio libera in causa*

⁷⁵Armin Kaufmann, p. 195; Roxin, *loe. cit.*, p. 382; Rudolphi, *loe. cit.*, p. 47

⁷⁶Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, parte general, pág. 575

⁷⁷Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, PG, 2001, pág. 451

⁷⁸Zaffaroni, Aliaga y otro, op. cit., pág. 574.

⁷⁹Jescheck, op. cit., 1993, pág. 559.

⁸⁰Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal...*op. cit., pág. 75

⁸¹Armin Kaufmann, *loe. cit.*, pp. 275 y ss

⁸²De la misma opinión es Eugenio Zaffaroni en su obra "*Manual de Derecho Penal*", *Parte General*, pág. 455

⁸³Maurach, op cit. p. 286-289.

⁸⁴Jescheck, *Tratado de derecho penal, parte general*, pág. 565 a 571.

⁸⁵Bernd Schünemann, Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania, en *Revista del Poder Judicial*, 1998, tercer trimestre, tomo 51, pág. 219.

⁸⁶Jakobs, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995, pág. 969.

- ⁸⁷ Jakobs, Derecho Penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, 1995, pág. 969.
- ⁸⁸ Cury, op. cit., Pág. 282
- ⁸⁹ Welzel, op. cit., pág. 277.
- ⁹⁰ Jescheck, op. cit., pág. 560.
- ⁹¹ Jescheck, op. cit., pág. 560.
- ⁹² Mir Puig, op. cit., pág. 304.
- ⁹³ Jescheck, op. cit., pág. 574
- ⁹⁴ Armin Kaufmann, *loe. cit.*, pp. 66 y ss., 110 y ss.; BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, pp. 91 y ss.
- ⁹⁵ Bacigalupo, *loe. cit.* pp. 100 y ss., 106
- ⁹⁶ Bacigalupo, op. cit., pág. 101.
- ⁹⁷ Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte...Pág. 74, citado por Bacigalupo en Cuestiones fundamentales..., pág. 94.
- ⁹⁸ Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte...Pág. 74, citado por Bacigalupo en Cuestiones fundamentales..., pág. 94.
- ⁹⁹ Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, PG, 2001, pág. 583
- ¹⁰⁰ Zaffaroni, *Manual...*, 2001, pág. 456
- ¹⁰¹ Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, pág. 147
- ¹⁰² Welzel, op. cit., pág. 285
- ¹⁰³ Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal, parte general*, 2001, pág. 458
- ¹⁰⁴ Mir Puig, op. cit., pág. 141
- ¹⁰⁵ Jeschek, op. cit., pág. 210
- ¹⁰⁶ Roxin, op. cit., pág. 558.
- ¹⁰⁷ Jescheck, op. cit., pág. 578
- ¹⁰⁸ Así Maurach, *Tratado de derecho penal*, pág. 499; Cury, *Derecho penal*, pág. 301 y ss.; Jescheck, *Tratado de derecho penal*, pág. 578 y 579.
- ¹⁰⁹ Donna, *Derecho Penal Parte Especial T. II C. p. 241* y Creus, *Derecho Penal Parte Especial, T II. p. 83*
- ¹¹⁰ Molinario – Aguirre Obarrio, *Ob. Cit.*, p.130.
- ¹¹¹ Terragni, *ob. Cit.*, p. 54
- ¹¹² Donna, *Derecho Penal Parte Especial T. II C, p.242.*
- ¹¹³ Zaffaroni, "*Manual...*", p. 453.
- ¹¹⁴ Donna, *Derecho Penal Parte Especial T. II C p.242.*
- ¹¹⁵ Zaffaroni,, *Ob. Cit.* p. 554