

tices habría que hablar de tendencias o de predominio de un aspecto sobre el otro en cada una de ellas"¹⁰⁵.

Para Schünemann, "la omisión es un concepto transitivo que designa la no realización de una determinada conducta activa; además, consecuentemente, sólo se puede hablar de una omisión de esa conducta si fue posible para el autor individual efectuarla; y sólo se puede hablar de evitación de la lesión de un bien jurídico si la realización por parte del autor de la acción de salvamento hubiera llevado al rescate del bien jurídico con una probabilidad rayana en la certeza [...] Para una dogmática penal moderada desde una perspectiva normativa, que yo consideraré acertada [...] se trata (la cuasi causalidad) de un problema ficticio. Puesto que la omisión de una posibilidad de salvamento segura y la causación de una lesión están completamente al mismo nivel desde un punto de vista de la causalidad, como se puede demostrar a través de la forma intermedia de evitación activa de cursos causales salvadores"¹⁰⁶. Y más adelante, en el mismo trabajo, agrega que "la teoría final de la acción de Welzel habría tenido una mejor oportunidad de llegar a una solución específicamente penal del problema de la equiparación con ayuda de la teoría del dominio del hecho desarrollada sobre su propia base. Si en el delito de omisión impropia, el resultado es imputado del mismo modo que si el autor lo hubiese producido mediante una conducta activa, entonces la posición del autor de la omisión en el suceso que condujo al resultado debe ser comparable a la posición del autor que realiza la conducta comisiva y estar al mismo nivel. Desarrollada sobre la base de la teoría final de la acción, el puente decisivo tendría que haberlo constituido el concepto de dominio del hecho, porque este concepto no se basa en la mera causalidad, sino en el dominio proporcionado por el hacer activo sobre el suceso que conduce a la lesión del bien jurídico"¹⁰⁷.

Vista la cuestión desde esta perspectiva, y basado siempre en la idea original de esta obra de la imputación a la libertad –que hubiera ahorrado tanta discusión– y dejando sí de lado posiciones normativas

¹⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 16.

¹⁰⁶ SCHÜNEMANN, ob. cit., p. 1614.

¹⁰⁷ SCHÜNEMANN, ob. cit., p. 1620.

extremas, es claro que debemos empezar con la teoría de las normas, tal como lo hicimos en el delito doloso.

Entonces, se puede formular el siguiente concepto provisorio del delito omisivo, como una lesión del sujeto a través de la violación de un mandato normativo que realiza mediante una determinada actividad evitable violando un deber de actuar en la omisión general y un especial deber de garante o de dominio del hecho¹⁰⁸. Se trata de una forma de determinación de la realidad que llega a ser necesaria en una pura relación lógica reemplazada a través de la imputación. El delito omisivo es una causalidad teleológica de la libertad, que se constituye por un deber jurídico de hacer en tanto el sujeto tenga dominio del acontecimiento, en el sentido de que su acción es posible y salvadora¹⁰⁹.

VI. Norma, acción y omisión

Ya se ha explicado, cuando hemos hablado del delito doloso de acción y del imprudente de acción, que las normas exigen de una manera preceptiva o prohibitiva el cuidado de determinados bienes jurídicos concretos, mediante una conducta humana dominable¹¹⁰, la cual en el Derecho Penal es descripta como acción, esto es: una conducta humana libre, dominada por la voluntad dirigente y orientada a un fin. De este modo, como afirman Maurach-Gössel, "los bienes jurídicos pueden ser lesionados de dos maneras: por la comisión de acciones dañosas sobre esos bienes (dar muerte a un ser humano) y por la omisión de medidas que conserven tal bien jurídico (el niño no es protegido de la caída mortal; no obstante la exhortación, el autor no se aleja de la morada ajena)"¹¹¹. Debe entenderse que la norma acá es concebida en su conformación como anterior al tipo penal y siempre como un mandato que obliga al sujeto al respeto del otro y de sus derechos básicos. También hemos visto que de esta norma se derivan tanto prohibiciones como mandatos para la ejecución de ciertas ac-

¹⁰⁸ Véase SCHÜNEMANN, *ibidem*, y KÖHLER, ob. cit., p. 206.

¹⁰⁹ KÖHLER, ob. cit., p. 207.

¹¹⁰ BINDING, *Die Normen*, I, p. 108.

¹¹¹ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, ob. cit., § 45, I, nm 12.

ciones típicas conservadoras de un bien jurídico (Hruschka). Debido a su participación en la norma ideal, las prohibiciones y los mandatos sólo pueden ser transgredidos por acciones en relación con determinados bienes jurídicos¹¹².

1. *La omisión como contradicción de la acción*¹¹³

Vista la cuestión desde esta perspectiva, la omisión aparece como lo contrario de una acción, lo que lleva a pensar que los mandatos sólo pueden ser transgredidos por omisiones y no por acciones. De este modo, la contradicción entre la comisión de una acción y su omisión se radicalizaría como una contradicción con la acción. La acción y su omisión son vistas como opuestos, en cierto sentido contradictorios. Luego, no existiría posibilidad de unir la idea de una acción y una omisión bajo un mismo concepto, cualquiera sea el nombre que se le dé, como ser: conducta humana, acción en sentido amplio. Esta idea que estaba en Radbruch, como se sabe, fue aceptada por los seguidores de la teoría de Welzel. La idea es que la referencia de la omisión sólo puede ser una acción final, por lo que para este sector de la doctrina es evidente que “sólo la ausencia de una realización de la voluntad puede ser descripta como omisión de una acción”, de lo cual también Welzel extrae una consecuencia: en cuanto “omisión de una acción, la omisión no puede ser una acción”¹¹⁴.

Silva Sánchez explica la posición de Radbruch afirmando que éste en su obra representa una de las alternativas seguidas, debido a la constancia del fracaso de las teorías que intentan hallar en la omisión los elementos del concepto casual-naturalístico de acción. “Desde su perspectiva —sostiene—, es inútil buscar los elementos de la acción en la omisión, porque ésta consiste precisamente en negarlos. Si la acción

¹¹² MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, ob. cit., § 45, I, nm 13.

¹¹³ VOLK, Klaus, *Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme*, en *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, Herausgegeben von Hans-Heinrich Jescheck und Theo Vogler, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1989, ps. 219 y ss.; WOHLERS, Wolfgang, § 13, *Begehen durch Unterlassen*, en *Nomos Kommentar*, ob. cit., Band I, p. 415.

¹¹⁴ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, ob. cit., § 45, I, nm 14.

viene dada por la existencia de una voluntad, un hecho y una relación de causalidad entre ambos, nada de eso es esencial al concepto de omisión. En efecto, a éste no pertenece hecho alguno, si por tal se entiende un movimiento corporal en relación causal con un resultado. Ni es preciso, para que haya una omisión, que ésta sea querida: puede ser inconsciente. Por último, tampoco puede hablarse de relación de causalidad, ya se conciba como vínculo entre la ausencia de movimiento corporal y algún acontecimiento real, ya como conexión entre la voluntad de omitir y la propia ausencia de movimiento corporal”¹¹⁵. De este modo, para Radbruch, “el concepto de omisión carece de elementos positivos. Su contenido se agota en la no-realización de una acción determinada que, además, fuera posible para el autor. La aludida posibilidad es un elemento del concepto de omisión, pero no uno que tenga en común con la acción. Por un lado, porque la posibilidad de acciones concretas no es elemento del concepto de acción. Por otro, porque la acción que el sujeto realiza en lugar de la omitida no pertenece al concepto de omisión. Éste ni afirma otra acción, ni niega toda acción. En suma, acción y omisión resultan ser conceptos contradictorios, que se comportan entre sí como afirmación y negación, como *a* y *no-a*. Las omisiones no sólo no contienen los elementos constitutivos de la acción, sino que no contienen elemento positivo alguno. Consiguientemente, no es posible hallar un supraconcepto que las englobe junto con las acciones, llámese ‘acción en sentido amplio’ o ‘comportamiento’. Al contrario, ambos conceptos se encuentran en el mismo sistema sin relacionarse, el uno junto al otro. De ello se sigue la necesidad de dividir el sistema en dos partes sólo vinculadas entre sí por el concepto formal de delito como supuesto de hecho al que el Derecho asigna la pena como consecuencia jurídica”¹¹⁶.

2. *La omisión como forma de conducta junto a la acción*

Frente a esta posición se encuentra otra que afirma que desde siempre y hasta hoy, la omisión es entendida como una “conducta corporal [...] una acción”; además, otros dejan abierta la cuestión acerca de la

¹¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., ps. 30 y ss.

¹¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., ps. 30 y ss.

qualidad en tanto acción de la omisión “dado que resulta indiscutible que ambas formas son igualmente accesibles a la valoración jurídico-penal, debido a su similar contenido de sentido social”, o bien prescinden de un concepto superior común de la conducta humana como piedra angular del sistema de Derecho Penal¹¹⁷. Importante en esta posición ha sido Herzberg que ha pensado un concepto negativo de acción como un concepto normativo¹¹⁸. “Con su concepto negativo de acción de la ‘no evitación evitable en una posición de garante’, este autor coloca a la no evitación evitable y con ello a la omisión, como concepto superior y, de este modo, como hipótesis regular de la conducta punible y contraria a la norma. Los casos considerados hasta ahora como acciones punibles pasan a ser supuestos especiales de omisión y se caracterizan por el hecho de que la posición obligatoria que también aquí cabe exigir debe existir ya per se (Herzberg, 172) o bien por una conducta previa peligrosa (Behrendt, 185). Con esta idea la cuestión es la siguiente: si hasta ahora se preguntaba en general cuándo existía una omisión, según Herzberg se debe preguntar por la existencia de un hacer, en consecuencia: la existencia de la obligación que se exige en el caso”¹¹⁹.

3. Las llamadas concepciones “positivas”

Opina Silva Sánchez que, en contraposición a las teorías negativas, “es posible calificar aquí de ‘positivas’ a un significativo número de posturas doctrinales que atribuyen a la omisión un contenido de sentido trascendente al mero no hacer algo. Sin embargo, pese a tal aparente unidad en cuanto al punto de partida, las concepciones llamadas positivas muestran una amplia diversidad en cuanto a la forma de concebir la positividad”¹²⁰. Pero habida cuenta de la diversidad de estas posiciones, Silva las divide en dos grandes grupos de autores: un primer grupo, en el cual se encuentran autores como Andriolakis y

¹¹⁷ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, ob. cit., § 45, I, nm 16.

¹¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 59, citando la obra de HERSBERG, *Die Uterlassung*, p. 184.

¹¹⁹ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, ob. cit., § 45, I, nm 16; en igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., ps. 64 y ss.

¹²⁰ SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., ps. 81 y ss.

Rodríguez Mourullo, va a entender a la positividad de la omisión como situada en el mismo plano que la acción, que no es normativa, sino que está constituida por una forma de ser de otro modo. Es una forma diferente del ser y por ende una forma distinta de que la voluntad se haga objetiva, con independencia de expectativas y de juicios de terceros.

En un segundo grupo se entiende a la omisión no ya en un plano ontológico sino normativo, de este modo la llamada positividad de la omisión tiene sentido en un sistema normativo. Es lo que Silva llama la defraudación de expectativas¹²¹.

El propio Silva afirma que “cabe poner seriamente en duda la autenticidad de la ‘positividad’ de tales tesis. Para el primer grupo de teorías, la supuesta positividad de la omisión radica en ser exteriorización de voluntad, objetivación de la personalidad del sujeto, como lo es la acción. Sin embargo, estas expresiones resultan del todo ambiguas, pues en absoluto se indica en qué consiste la forma específicamente omisiva de exteriorización de la voluntad. En cuanto al segundo grupo, efectivamente se considera que la positividad de la omisión se revela en su relevancia social, es decir, en que constituye un fenómeno con sentido en la realidad social. Sin embargo, tal significado positivo no se puede producir sino mediante la defraudación de expectativas de diferente signo, con independencia de que ello aparezca expresamente formulado o no en los planteamientos de los autores. De este modo –agrega–, la supuesta ‘positividad’ muestra una evidente similitud con la ‘negatividad’ del concepto negativo de acción. De ahí que quepa plantearse, en fin, si tiene algún sentido la diferencia apuntada en el plano normativo. La respuesta [...] es que, probablemente, no”¹²².

4. La estructura ontológica de la omisión

Los autores que sostienen esta posición son de la opinión de que es necesaria la investigación de estructuras prejurídicas del objeto a estudio, que en este caso es la omisión, y desde allí, en cuanto a su

¹²¹ SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 82.

¹²² *Ibidem*.

existencia ver dos cuestiones, la relación con la acción y la valoración de esa estructura, la que puede llamarse ontológica.

a) *Maurach-Gössel*

Maurach-Gössel afirman siguiendo la idea antes dicha que la omisión como objeto que el Derecho Penal debe valorar debe ser necesariamente una conducta humana evitable que lesiona bienes jurídicos¹²³. Como una forma de conducta humana, la omisión tiene una existencia prejurídica estructurada, que posee una significación jurídica en base a una valoración también jurídico-penal o teórico-normativa. Pero es necesario recalcar que la delimitación exige estos criterios prejurídico-ontológicos¹²⁴. Para explicar su posición, sostienen que “la distinción entre las formas de conducta humana según la comisión de perjuicios de bienes jurídicos y la omisión de actos tendientes a conservar otros bienes jurídicos es posible en dos ámbitos, a partir de cualquier concepto imaginable acerca de la conducta o de la acción: en primer lugar, en el ámbito del acontecer psíquico intrasubjetivo de la conducta; en segundo término, en el de la conducta externa así determinada (Husserl)”¹²⁵. Y agregan: “La diferenciación de las formas de conducta humana entre la comisión dañosa de un bien jurídico (dar muerte a otro ser humano, entrada en una morada ajena) y la omisión de medidas conservadoras de bienes jurídicos (no salvación de un ser humano frente a la muerte; permanencia en morada ajena no obstante la exhortación a dejarla) es ahora evidente; en el primer caso, se desarrolla una actividad corporal perceptible por el mundo exterior (la que, con Engisch, también puede ser descripta como aplicación energética), que no existe en el segundo caso. Esta diferencia sólo permite suponer la existencia de una estructura ontológica diferente entre la acción y la omisión, cuando esta actividad corporal perceptible en el mundo exterior represente un elemento esencial del concepto jurídico-penal de la acción”. Y completan: “En el sentido jurídico-penal se entiende por acción una conducta humana psíquicamente estructurada

¹²³ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, ob. cit., § 45, I, nm 17.

¹²⁴ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, ob. cit., § 45, I, nm 18.

¹²⁵ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, ob. cit., § 45, I, nm 19.

de un modo determinado, independientemente de que persiga o no un resultado perceptible por el mundo exterior [...] de ahí que la omisión caracterizada por la ausencia de una actividad física pueda perfectamente constituir una acción, si se cumplen aquellos elementos esenciales recién mencionados, es decir, la conducta dirigida a un fin y dominada por la voluntad dirigente”¹²⁶.

Pues bien, como fundamenta Gössel esta posición: “Debería ser evidente que una conducta humana dominada por la voluntad dirigente puede llegar a un objetivo tanto por medio de la actividad corporal propia (dar muerte al niño no deseado) como por una inactividad corporal propia (los padres presencian cómo el niño se sube a la baranda del balcón y cae desde esa altura, con la esperanza de que se produzca su muerte). La diferencia entre ambos casos radica en el hecho de que en el segundo la inactividad propia es utilizada como medio para obtener el fin querido¹²⁷ (la muerte del niño); por lo mismo, no cabe considerar la existencia ‘de una acción omisiva’, cuando un sujeto prescinde, por ejemplo, una transmisión en directo por televisión de un caso de toma de rehenes, aprobando sin restricciones el hecho de que tanto delincuentes como oficiales de policía caigan muertos durante una balacera; la inactividad corporal del espectador no es utilizada en forma dirigida como medio para el fin deseado (la muerte de muchas personas)”¹²⁸. Como es lógico, esta estructura también debe ser utilizada para los delitos de omisión imprudentes: “Igualmente a este respecto es sólo la dirección final concreta de la conducta propia la determinante del carácter de acción del hacer respectivo. Que la meta sea alcanzada o que ella deba serlo por la vía de la actividad o la inactividad corporal es algo irrelevante para el carácter de la acción de tal conducta del mismo modo que lo es el ‘descarrilamiento de la

¹²⁶ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, ob. cit., § 45, I, nm 20.

¹²⁷ Hemos cambiado la traducción de Jorge Bofill, porque creemos que es más adecuada de acuerdo al texto la expresión “*Willen*” y en relación con ella, en la omisión “*Die Eltern sehen in der Hoffnung auf den Tod des Kind, zu...*” De modo que la esperanza de la muerte tiene que ver no con el deseo, sino con la voluntad de la muerte del niño. Que se relaciona con el ejemplo que sigue, en donde sí puede haber un deseo.

¹²⁸ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, ob. cit., § 45, I, nm 23.

acción'. Da igual que la madre que realiza sus labores en la cocina deje caer inadvertidamente sobre el niño que juega en el suelo una cacerola con agua hirviendo o que, completamente concentrada en el planchado de camisas, no se percate, y por ende no evite, que el niño tome dicha cacerola y la dé vuelta; en ambos casos, la madre ha ejecutado una acción dirigida a un fin (el respectivo trabajo en la cocina o el planchado de camisas). No otra cosa rige cuando la madre está viendo televisión o reflexionando concentradamente; aquí la acción dirigida al fin, si bien basada en una actividad mental, apunta a una inactividad corporal. Aun cuando la madre se halle durmiendo es posible atribuirle una acción previa por la vía de la figura de la *actio libera in causa*¹²⁹. Entonces para esta forma de ver la omisión, desde un punto de vista ontológico, que siguen Maurach-Gössel –afin a la teoría final de la acción–, se debe decir que “el objeto que el Derecho Penal describe como omisión se presenta como una acción desde el punto de vista de su estructura óptica, como una conducta humana dirigida a un fin y dominada por la voluntad dirigente. En tal medida no existe diferencia con el objeto descrito por el Derecho Penal como ‘comisión’. La comisión y la omisión son concebidas aquí como diferentes formas jurídico-penalmente relevantes del actuar humano, las que se distinguen por la respectiva relación en que ellas se encuentran con el perjuicio del bien jurídico; en la comisión este perjuicio es provocado mediante una actividad corporal perceptible por el mundo exterior, en tanto, en la omisión, aquél se basa en la inactividad”. Y agregan los autores citados, y esto sí es importante, que “si aun así cabe reconocer una distinción ontológica entre los objetos jurídico-penales de la ‘comisión’ y ‘omisión’, en todo caso ella es insignificante para la valoración de ambas en cuanto acciones relevantes para el Derecho Penal. Respecto de los delitos dolosos, la estructura volitiva prejurídica común a todas las acciones, es decir, también a aquellas enjuiciadas como imprudentes por el Derecho Penal, pudieron ser calificadas como dolo recién en el nivel de la valoración típica; en este caso debe procederse en forma idéntica. La diferencia ontológica, irrelevante para el carácter de acción entre la actividad y la inactividad

¹²⁹ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, ob. cit., § 45, I, nm 24.

corporal, sólo es valorada a nivel típico mediante la relación con el perjuicio del bien jurídico, del mismo modo que lo es la pregunta acerca de la causalidad de estas formas de acción por dicho perjuicio de un bien jurídico, respecto del cual, y en contra de una opinión bastante difundida, no se reconoce el carácter de elemento específico de la acción comisiva. La ‘comisión’ es una acción típica que conduce a un perjuicio típico de un bien jurídico por medio de la actividad corporal, en tanto la ‘omisión’ representa una acción típica que conduce a ese resultado por medio de la inactividad corporal. De este modo, en el ámbito prejurídico de la acción, esta omisión es siempre una conducta dirigida volitivamente a una determinada meta (y por ende no constituye una ‘no acción’); y en el ámbito típico representa siempre un perjuicio a un bien jurídico, provocado mediante una inactividad corporal actuante¹³⁰. De este modo, “si a la omisión se le ha reconocido el carácter de acción, entonces, tal como ha acontecido hasta ahora, es posible eliminar del concepto de la omisión todas aquellas formas de conducta jurídico-penalmente irrelevantes; la forma especial consistente en la inactividad corporal sólo adquiere importancia al realizar la valoración jurídico-penal en cuanto típica¹³¹. Por ello, “un concepto de acción semejante, comprensivo también de la forma de la omisión, mantiene su importancia esencial para el Derecho Penal; en cuanto contenido fáctico estructurado en forma autónoma –previo a toda consideración jurídica–; este concepto puede ‘servir como fundamento común a todos los hechos punibles imaginables’ (función básica) y [...] al mismo tiempo ‘descartar todas aquellas formas de conductas jurídico-penalmente irrelevantes’ (función de selección); así como actividades corporales basadas sobre meros movimientos reflejos, ataques-epilépticos; *vis absoluta*, etcétera, no son consideradas acciones, tampoco lo es la inactividad corporal ocasionada por fenómenos semejantes. De este modo, si [...] los padres son inválidos, o bien sufren un ataque epiléptico y por ello no pueden desarrollar una actividad corporal con el fin de salvar al niño, para la punibilidad falta una acción jurídico-penalmente relevante¹³².”

¹³⁰ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, ob. cit., § 45, I, nm 25.

¹³¹ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, ob. cit., § 45, I, nm 27.

¹³² MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, ob. cit., § 45, I, nm 29.

b) *Welzel*

Como es obvio y sabido, Welzel había tomado una posición muy clara sobre la acción, en el sentido de que ella tenía un sustrato ontológico, que luego el Derecho debía respetar. Por eso es importante saber cuál es su opinión sobre la omisión. Bueno pues, mantiene ahora también la idea de que estamos frente a una estructura ontológica. Así afirma que, “desde un punto de vista ontológico, la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción. Acción y omisión se comportan en tal sentido como A y no A. El lenguaje común que incluye la omisión en el concepto de ‘acción’, emplea por ello este concepto en un doble sentido y lleva por esta razón a una falta de claridad sustancial, al transferir a la omisión, sin notarlo, características que sólo corresponden a la acción en su verdadero sentido (por ejemplo, el problema de la ‘causalidad de la omisión’). En realidad –agrega–, acción y omisión de una acción son dos subclases independientes dentro de la ‘conducta’ susceptible de ser regida por la voluntad final”¹³³. Y aclara su idea en el sentido de que “La omisión, eso sí, está referida necesariamente a una acción: no existe una omisión ‘en sí’, sino sólo la omisión de una acción determinada. Por lo tanto, la omisión no es mero concepto negativo, sino uno ‘limitativo’: es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona)”¹³⁴. Y aclara su posición, no siempre entendida: “Omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación con una determinada acción. Sólo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida”. Y para dar un ejemplo explica que “los habitantes de Berlín no pueden ‘omitir’ la salvación de una persona que se ahoga en el Rin. 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”¹³⁵. Ahora bien, en lo que sigue Welzel va a sostener algunas ideas que, como se verá

¹³³ WELZEL, ob. cit., § 26, I.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*.

ut infra –creo por razón de su discípulo Kaufmann–, no siguieron adelante, y que hoy día aparecen sustentadas, por ejemplo, por Gracia Martín y Schünemann. Es importante hacer la comparación porque Welzel va a sostener en su momento, esto es: el año 1969, año de la 11ª edición, la última de su Parte general, que “los requisitos que deben exigirse al poder final del hecho (‘capacidad de acción’) se desprenden de la estructura de la dirección final de la acción”. Y agrega: “Para alcanzar el fin de la acción, el sujeto tiene que conocer la situación en la que ella debe producir sus efectos, además tiene que estar en condición de reconocer y de poder seleccionar los medios aptos para llevar a efecto el objetivo (‘capacidad de planeamiento’); por último tiene que tener la posibilidad real física de emplear los medios elegidos y de ejecutar el acto planeado”¹³⁶. El lector debe estar atento a esta afirmación que sigue: “Sólo el dominio del hecho posible concretamente o final potencial de una persona, convierte un no hacer en omisión. Para la omisión no es necesario un acto de voluntad actual, sino que es suficiente uno que sea posible para la persona, ya que el elemento constitutivo de la omisión es el dominio final potencial del hecho: quien olvida ejecutar una acción que podría haber recordado con una mayor concentración, la omite”¹³⁷.

Quizás la confusión venga por la siguiente expresión, que se entiende en el contexto: “A la omisión no le es propia ni la causalidad ni la finalidad (actual). Por ello, falta una voluntad de realización orientada a un omitir y con esto falta también un dolo de hecho en el sentido de los delitos de comisión. Lo que nosotros acostumbramos denominar omisión ‘querida’ es en realidad un omitir consciente, es decir una omisión en la conciencia de poder actuar: el omitente sabe que puede salvar al que se está ahogando. Con todo, la omisión inconsciente, es decir la omisión con conocimiento del objetivo de la acción posible, pero sin conocimiento del propio poder de hecho, cumple igualmente con el concepto de omisión: el que no actúa. Ve a la persona ahogándose, pero no toma conciencia de que puede salvarla”¹³⁸.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ WELZEL, *ibidem*.

Luego Welzel critica tanto a Gallas como a Mezger al decir: "La comprobación de que alguien no ha ejecutado (ha omitido) una acción dependiente de su poder de hecho es un mero juicio objetivo, es decir, no depende de si alguien, al momento de la no ejecución de la acción, ha 'esperado' su ejecución. La aseveración contraria (de los autores antes citados) de que sólo se puede omitir una acción 'esperada', se apoya en un equívoco. Las acciones posibles, que están subordinadas al poder del hecho de una persona en un instante determinado, y que no son ejecutadas por ella, son de acuerdo a su naturaleza y cantidad, por principio indeterminadas (como es el caso en todos los juicios limitativos). Por eso, la pregunta de si una persona, de la cantidad indeterminada de acciones posibles, no ha ejecutado una determinada, presupone de parte del que pregunta un interés (y en este sentido una 'espera') con respecto a dicha acción. Sólo en relación con estas acciones, en cuya ejecución o no ejecución está de algún modo interesado el que plantea el interrogante, se pregunta si el autor dotado de poder del hecho la ha omitido. Por el contrario, la contestación a este problema es un mero juicio objetivo referente a que la acción respectiva dependía del poder del hecho del autor y que no fue ejecutada por éste. Este juicio es absolutamente independiente de si, al momento de la no ejecución de la acción, cualquier persona haya esperado o no la ejecución de ella. El concepto de omisión depende mucho menos todavía de si la acción omitida le estaba mandada al autor. El Ministerio Fiscal ciertamente sólo tendrá, respecto a aquellas acciones que están mandadas jurídicamente, un motivo concreto para plantear el problema de si han sido omitidas, es decir, de si dependían del poder del hecho del autor y no fueron ejecutadas por él. Pero también se omiten, y precisamente en el sentido jurídico relevante, acciones prohibidas: el Derecho establece precisamente sus prohibiciones con el fin de inducir a los ciudadanos a omitir las acciones respectivas. 'Lo bueno', y esto no se refuta, es siempre lo malo que no se ejecuta"¹³⁹.

¹³⁹ WELZEL, *ibidem*. Rodríguez Mourullo ha hecho una severa crítica de esta posición ontológica, ya que advierte que si la conducta se caracteriza por la actividad final y la omisión sólo por la capacidad para ese ejercicio, ésta no es todavía una forma de comportamiento humano. Y agrega que acá es válida la misma crítica que

c) *Cerezo Mir*¹⁴⁰

Cerezo Mir también trabaja la idea de una estructura ontológica de la omisión y sin duda, como el exponente más importante de la llamada teoría final de la acción, se lo debe analizar a efectos de ver dos cuestiones: la primera, que no todos los representantes de esta escuela tienen la misma idea sobre la omisión y, la segunda, que esta vez viene a ser la oficial, en el ámbito de habla hispánica, dentro de la teoría que fundó Hans Welzel.

Cerezo afirma que "junto a la acción nos encontramos, sin embargo, con la omisión como forma independiente de conducta humana". Y expresamente afirma que "la omisión no es una acción; consiste precisamente en la no realización de una acción". De modo que "esta diferencia fundamental conlleva, como vimos, que no quepa formular un concepto genérico de acción que englobe a la omisión y a la acción en sentido estricto. Por tanto, el sistema de la teoría del delito, reflejo de la estructura de la conducta humana, ha de sufrir una escisión y es preciso estudiar por separado, como hacemos, los delitos de acción y los delitos de omisión. Los tipos de los delitos de omisión llevan implícitos mandatos de realizar determinadas acciones dirigidas a conseguir un fin socialmente valioso o a evitar la producción de resultados socialmente no deseados"¹⁴¹. Sin embargo, sostiene Cerezo Mir que la omisión no es un concepto meramente negativo —tal como lo planteó Radbruch—, "no consiste simplemente en la no realización de una acción, sino en la no realización de una acción que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba. No se trata, como dice Armin Kaufmann, de un concepto negativo sino limitativo: la omisión consiste en la no realización de una acción comprendida en la capacidad de acción del sujeto, en su finalidad potencial. La omisión es la no realización de una acción finalista que el sujeto podía realizar en la

se le hizo a Welzel en el delito imprudente, en cuanto a la finalidad potencial, que es obvio no es finalidad y que el propio autor terminó por admitir, más tarde (RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión de socorro en el Derecho Penal*, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, Madrid, 1966, ps. 14/15).

¹⁴⁰ CERZO MIR, *Derecho Penal, Parte general*, en *Obras*, t. I, Ara Editores, ps. 1129 y ss.

¹⁴¹ CERZO MIR, *ibidem*.

situación concreta en que se hallaba"¹⁴². Y complementa su idea de la estructura óptica de la omisión afirmando que existe un elemento básico de ella: la capacidad de acción. Desde allí concluye que son tres los requisitos que han de concurrir para que ella se dé: "conocimiento de la situación, posibilidad de conocer y elegir los medios para realizar la acción y, por último, posibilidad física, real de utilizar los medios elegidos y realizar el acto planeado"¹⁴³. De este modo, esta capacidad concreta de acción aparece como el elemento constitutivo de la omisión¹⁴⁴. Luego avanza en este razonamiento y afirma que "el concepto de omisión no requiere, por tanto, la presencia de un acto de voluntad actual, sino que basta con que el sujeto pudiera llevar a cabo un acto de voluntad (basta con un acto de voluntad posible). La voluntariedad no es inherente al concepto de omisión. El que se olvida de realizar una acción que podía llevar a cabo también la omite"¹⁴⁵.

En el tema de la causalidad, allí expresa que "dado que la omisión consiste simplemente en la no realización de una acción que el sujeto podía llevar a cabo, no es posible hablar en la omisión de una relación de causalidad —el sujeto no causó el resultado sino que simplemente no lo impidió— y en consecuencia tampoco podemos encontrar una voluntad de realización, una finalidad actual". Cerezo toma acá la crítica que hemos visto hacia Rodríguez Mourullo, quien decía que "la omisión existirá en cuanto el sujeto haya exteriorizado su voluntad por un no hacer. La realidad de la omisión para este autor no estriba en ningún aspecto físico o naturalístico —del que carece— sino que representa, al igual que la acción, la 'realización objetivada de una voluntad humana orientada a un fin' que irrumpe en el mundo social externo"¹⁴⁶. La consecuencia de esta posición surge muy claramente: "Al no existir en la omisión ni relación de causalidad ni voluntad de realización, no será posible apreciar en el dolo de la omisión un elemento volitivo independiente. El dolo, en la omisión, consistirá simplemente en la conciencia de la no realización de una acción con

¹⁴² CEREZO MIR, ob. cit., ps. 1129 y 219 de la edición española.

¹⁴³ *Ibidem*, ob. cit., ps. 1130 y 219.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

conocimiento de la capacidad concreta de acción. No es éste sin embargo el criterio de la opinión dominante, en nuestro país, según la cual, también en el dolo de los delitos de omisión se puede distinguir junto al elemento intelectual un elemento volitivo. El dolo en la omisión sería conciencia y voluntad de la no realización de una acción que el sujeto podía realizar"¹⁴⁷. Acá cita Cerezo Mir autores que siguen la teoría final, como Küpper y Stratenwerth.

En síntesis, afirma Cerezo Mir, "la omisión consiste en la no realización de una acción que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba, con independencia de cuáles fueran las exigencias de los usos sociales o de las normas de la Ética social o del Derecho". Pero, sin duda, "la omisión tiene una estructura ontológica previa a todo juicio de valor; es decir, el concepto de omisión no es un concepto puramente normativo, como estima un importante sector de la moderna Ciencia del Derecho Penal alemana y española. Para estos penalistas (Mezger, Zaffaroni, Silva Sánchez) sólo se puede hablar de omisión de una acción si ésta es esperada por otra persona, por la sociedad. En definitiva, se ha de tratar de una acción esperada y exigida por las normas de la Ética social o del Derecho"¹⁴⁸.

Cerezo es de la idea de que esta posición no le parece acertada, ya que, como lo señalaron Welzel y Armin Kaufmann, las acciones que una persona concreta puede realizar en una determinada situación son muchas, por lo que la pregunta sobre si ha omitido una de ellas presupone, sin duda, un interés en quien la formula. Pero las respuestas acerca de si concurre o no la omisión, es decir, sobre si el sujeto no llevó a cabo esa acción pudiéndola realizar en la concreta situación, pueden hallarse mediante un juicio puramente objetivo, sin recurrir a ningún tipo de valoración. Por tanto, no es cierto que la omisión tenga un carácter meramente normativo. Por otra parte, se puede omitir no sólo una acción esperada, exigida por las normas del Derecho, sino también una acción prohibida por las normas jurídicas¹⁴⁹.

¹⁴⁷ CEREZO MIR, ob. cit., ps. 1131, 220.

¹⁴⁸ *Ibidem*, ps. 1132 y 220.

¹⁴⁹ CEREZO MIR, ob. cit., ps. 1132 y 221.

d) *Armin Kaufmann*

Dentro de la teoría final –pero en un sentido subjetivista, como fue toda su obra y sobre la cual ya nos hemos expedido–, opina también que existe una estructura óptica de la omisión. En su ya citado e importante texto sobre la omisión opina que “la investigación llevada a cabo hasta ahora ha puesto de manifiesto que la omisión queda constituida por la capacidad concreta de acción y la ausencia de la realización de esta acción”¹⁵⁰. Y el carácter ontológico, más allá del desarrollo dado por el autor, está más que claro en la siguiente expresión: “Ciertamente el ordenamiento jurídico no puede hacer surgir mediante requerimientos o valoraciones lo que de otro modo no existiría: el acento valorativo no hace surgir algo de la nada, sino que sólo puede convertir algo en algo valorado”¹⁵¹.

e) *Silva Sánchez*

Para finalizar, en este intento de ver qué ha dicho la doctrina sobre el concepto de omisión, sin pretender agotar los autores, que han sido tomados como referencia, hemos de analizar la posición de Silva Sánchez, que aparece opuesta a la doctrina que hemos visto.

Silva rechaza las concepciones ontológicas en la resolución de las cuestiones propias del “carácter de acción”. “El ‘ser acción’ o no serlo no constituye algo absoluto, sino relativo, que depende del punto de vista adoptado. Luego, no sería algo a resolver con independencia de las referencias normativas en un doble sentido. Por un lado, la idea de que sólo comportamientos humanos pueden ser constitutivos de delito no lleva a la necesidad de ‘ontológica’, sino sólo a una exigencia derivada de un determinado concepto de antijuridicidad. Por el otro, el concepto de acción humana cambia según el punto de vista que se adopte: la Psicología o el Derecho, y dentro de ellos, según el concepto que se tenga sobre el punto”¹⁵². Pero, además, “el ‘sentido de la acción’ es algo que, ineludiblemente, debe resolverse a partir de referencias normativas jurídico-penales, ya que los criterios sociales no pueden

¹⁵⁰ KAUFMANN, ob. cit., p. 69.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., ps. 155/156.

adoptar un carácter prejudicial respecto del enjuiciamiento penal. Y esto porque el sentido de la acción a los efectos del Derecho Penal lo deciden sólo los tipos penales. Tal ‘sentido de acción’ abarca dos niveles. En el primero se decide, mediante el criterio interpretativo del tipo, si la conducta realiza un tipo comisivo u omisivo: tiene el sentido de una ‘comisión’ o una ‘omisión’. En el segundo se decide, por esos mismos criterios, de qué comisión u omisión se trata. Pero es más aún, esta distinción de niveles responde sólo a razones analíticas: en la realidad se trata de un todo unido y simultáneo”¹⁵³. En tercer lugar afirma que “la distinción entre los dos sentidos del término acción hace preferible referirse al primero de ellos con las expresiones ‘acción’ o ‘conducta’ y al segundo con las de ‘comisión’ y ‘omisión’, según sea el caso. De todos modos, teorías de la acción, por un lado, y teoría de la comisión y omisión (tipo), por otro, forman parte de la teoría general de la antijuridicidad, en dos niveles diferentes. Pero no constituye algo previo a ésta”¹⁵⁴.

La idea de Silva sobre la acción es ya conocida: el “concepto de acción en el sentido de conducta, es decir, como expresión de carácter de acción, cumple, en el seno de la teoría del injusto, una función básicamente negativa: la de excluir *ab initio* de nuestra consideración determinados procesos humanos que no reúnen los requisitos mínimos para ser objeto de formación penal”¹⁵⁵.

Hasta acá poco podemos agregar a lo dicho cuando hemos tratado el tema de la acción. Si bien nuestra posición ha sido de que no se trata el problema de la acción de un tema ontológico, sino de método, y eso llevó a buscar el concepto de acción¹⁵⁶, los autores más cercanos a la idea normativista, como parece ser el caso, insisten en hacerle decir a los autores que siguen un criterio ontológico cosas que ellos no han dicho, y que, a nuestro juicio, surgen de aquel famoso trabajo sobre la acción de Roxin ya citado, esto es, que de esa estructura ontológica se deriven consecuencias normativas obligatorias.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 157.

¹⁵⁴ *Ibidem*, ps. 157/158.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 159.

¹⁵⁶ DONNA, *Derecho Penal, Parte general*, t. I, ps. 52 y ss.

Continuando con las ideas de Silva sobre la acción, paso obligado para llegar a la de la omisión, sostiene que “El sentido que se asigne a un hecho del hombre depende, pues, del punto de vista adoptado. En el caso del Derecho Penal, es en los diferentes tipos donde se procede a la interpretación que asigna contenidos de sentido a tales procesos. El papel del concepto de conducta consiste, en fin, en decidir qué procesos son interpretables, esto es, accesibles a la interpretación típica [...] Tan sólo ciertos casos-límite han dado lugar a discusión en tiempos recientes. Interesa, en cambio, en este punto, plantear un tema más relacionado con los intentos de delimitar el concepto de omisión. En efecto, una cuestión de cierta importancia en esta línea es la de si cabe estimar como conductas las situaciones de pasividad, de inactividad absoluta voluntaria del sujeto, en la medida en que éstas sean concebibles. Pues bien, parece innegable que si tal inactividad absoluta se produce de forma inconsciente y no controlable por la voluntad, surgirá un supuesto de ausencia de conducta. En cambio, si la citada pasividad es consciente y voluntaria, constituirá un algo ‘interpretable’ al que cabe atribuir un contenido de sentido, también un contenido de sentido típico. Superados los obstáculos derivados del causalismo naturalista, debe, pues, atribuírsele carácter de acción”¹⁵⁷. Y afirma de manera tajante: “La alusión a que la ‘acción’, en el sentido de conducta, implica ‘actividad’ se revela, así, carente de fundamento. Lo usual en la terminología penal es distinguir entre supuestos en que hay acción y supuestos de ausencia de acción. Éstos responden a la concurrencia de determinadas causas sobre cuya existencia, carácter y ámbito no existen discrepancias sustanciales entre los autores. En definitiva, si en un supuesto de inactividad no concurre ninguna de las causas de ausencia de acción, habrá que entender que tienen carácter de acción, puesto que no se da una tercera alternativa [...] Es, pues, razonable entender que la adopción de una postura de inactividad consciente y voluntaria muestra que se ha ejercitado la capacidad de elección de forma no esencialmente diferente a otras modalidades de conducta”¹⁵⁸. En consecuencia, y recordándonos ciertas afirmaciones de Beling, en el sentido de que la omisión cobra sentido en el hecho típico, para el

Derecho Penal, dice Silva: “La omisión es también el producto de una interpretación que se efectúa a partir de los tipos penales. El sustrato de esta interpretación es, como en el caso de la comisión, la conducta real efectiva –actividad o inactividad– que el sujeto desarrolla al omitir. Es, en efecto, a dicha conducta a la que se imputa o atribuye la omisión como realización típica omisiva”. Y agrega que es preciso rechazar la tesis de que la omisión viene a coincidir con el hacer distinto (*aliud agere, Andershandeln*) del sujeto. “Tal identificación es, como se ha puesto ya antes de manifiesto, inexacta. La omisión no es en ningún caso una ‘forma de comportamiento’, ni distinta del hacer ni coincidente con él. La conducta efectiva, real, juega ciertamente un papel en la configuración del concepto de omisión. Pero éste es algo diferente. Más bien, aparece constituido por la atribución, a dicha conducta efectivamente realizada, de un determinado sentido, sobre la base de que no responde a la pretensión (protección activa) que dimana de un bien jurídico en una determinada situación y es recogida en un tipo penal. La conducta en sí (con ‘carácter de acción’) no ofrece todavía un contenido determinado; no es aún ni ‘comisión’ ni ‘omisión’. Sólo deviene lo uno o lo otro, en sentido penal, mediante la ‘interpretación’ (imputación típica). Ésta pone en relación la conducta con las expectativas que parten del bien jurídico. Es, pues, precisamente el contenido de tal expectativa el que permite atribuir a la conducta real un concreto sentido –para el Derecho Penal– omisivo. De lo contrario, no habría fundamento alguno para seleccionar ese sentido de entre los diversos (comisivos y omisivos) que, en principio, puede encerrar según la perspectiva adoptada”¹⁵⁹. En consecuencia, asegura nuestro autor, “resulta preciso, de nuevo, adoptar una postura intermedia. La omisión no es un juicio sobre la nada; es, al contrario, necesario partir de lo que efectivamente realiza el sujeto. Pero ello no debe llevar a identificarla con esto último. La omisión surge como tal en el enunciado que expresa la relación de discordancia de la conducta efectiva con la pretensión que dimana del bien jurídico, criterio rector del tipo. Estructuralmente, ocurre lo mismo con la comisión: también ésta surge en el enunciado (de imputación) que expresa la relación de discordancia

¹⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 164.

¹⁵⁸ *Ibidem*, ob. cit., p. 165.

¹⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., ps. 167/169.

entre la conducta efectiva del sujeto y la expectativa del bien jurídico". Por ende, "desde la perspectiva formal, pues, 'comisión' y 'omisión' podrían verse como recursos técnicos equivalentes y eventualmente intercambiables. Sin embargo, existe, como se verá más detenidamente, una diferencia sustancial en los contenidos materiales de las relaciones que expresan. Su base se halla en el distinto carácter de las pretensiones de los bienes jurídicos en uno y otro casos"¹⁶⁰.

Nos interesa sólo analizar la respuesta que da Silva a la objeción de las posiciones que han sostenido que el omitente no hace nada: "En páginas anteriores se ha tratado de rebatir otra de las objeciones más frecuentemente reiteradas contra este planteamiento: la de que el sujeto, al omitir, puede 'no estar haciendo nada'. En efecto, a esto cabe responder que ese 'no estar haciendo nada' (pasividad), si no se halla incurso en una causa de ausencia de acción, constituirá, desde cualquier perspectiva no naturalística, una forma de conducta, una clara toma de posición frente al entorno. Consiguientemente, será sustrato idóneo de un juicio de imputación omisiva. Sentado esto, conviene afrontar aquí la más insistente y aparentemente contundente de las críticas: la de que, en todo caso, 'lo importante', 'lo relevante' en la omisión no es 'lo que se hace', sino 'lo que no se hace'. Que no se castiga por hacer lo que se hace (por ej. observar), que puede perfectamente ser algo indiferente para el Derecho, sino por no hacer lo que se manda (por ej. no socorrer)". Y agrega Silva: "Pese a su aparente incontestabilidad, parece posible dar una respuesta satisfactoria a tales objeciones. Por un lado, es cierto que lo relevante en la omisión es la no realización de la conducta indicada para la salvación del bien jurídico. Pero lo penalmente relevante se decide en la tipicidad mediante el juicio de imputación: no constituye, pues, un contenido dado de antemano. Esto, tanto en la omisión como en la comisión [...] Sin embargo, tales afirmaciones no son, en general, diferentes de las establecidas por las demás concepciones que sitúan la omisión en el tipo. Lo que aquí debe ponerse especialmente de relieve es que tal juicio de imputación típica en que consiste la omisión recae (como en la comisión) sobre la conducta real del sujeto. Es ésta la que cons-

¹⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., ps. 169/170.

tituye el 'hecho' al que se imputa la no realización de la prestación positiva expresada en el tipo. Las razones de que ello deba ser así son varias y a ellas se ha hecho parcial alusión en distintos lugares de esta obra. En primer lugar, el juicio omisivo no es, según se ha visto, un juicio descriptivo de una estructura negativa preexistente. Por otro lado, sin embargo, tampoco se trata de un juicio sobre la nada, de una mera 'creación mental' (*Gedankengebilde*). Más bien, es un juicio que, como todos los demás, se sienta sobre la realidad. Esa realidad, lo único preexistente, no puede ser, en virtud del principio del hecho, más que la conducta real del sujeto: ni los pensamientos ni la personalidad de éste". Y concluye: "La conducta real del sujeto no interesa aquí más que en cuanto reúne 'carácter de acción' y, por ello, es base idónea del juicio de imputación. Resulta, ciertamente, indiferente qué sentido tenga desde perspectivas extrapenales. Su concreto contenido de sentido relevante a efectos penales surge precisamente en el enunciado que expresa dicho juicio típico adscriptivo. Si a la conducta real del sujeto resulta posible imputarle un contenido de sentido omisivo (omisión), podrá hablarse de que se da una realización típica omisiva. En suma, 'lo relevante' en la omisión es ciertamente un 'no hacer algo': pero éste no existe como tal en la realidad previa al Derecho Penal. Sólo surge en la tipicidad, como resultado de un juicio de imputación cuyo sustrato es la conducta real del sujeto"¹⁶¹.

Silva Sánchez sostiene que este concepto de omisión tiene tres funciones: "En primer lugar, la de constituir el denominador común de todas las realizadas. En segundo lugar, la de contener una base material suficiente que permita delimitar los supuestos de «comisión» de los de «omisión» y resolver los casos límite en esta materia. Por fin, en tercer lugar, la de fijar las bases que permitan comprender el fenómeno de la «comisión por omisión»"¹⁶².

En el fondo, la posición de Silva se basa en lo que creemos es su idea madre: "Partiendo de la función preventiva del Derecho Penal y el carácter imperativo de las normas como orientaciones de conducta,

¹⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., ps. 175/176.

¹⁶² SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 179.

se trata de adoptar, ya en la definición de omisión, una perspectiva *ex ante*. Ello conduce a fijar los elementos comunes a todas las omisiones desde tal perspectiva: así, será preciso hablar de apariencia *ex ante* de una situación de peligro, posibilidad individual *ex ante* de salvación, etcétera. El concepto de omisión asentado sobre tales elementos comunes abarca perfectamente todos los tipos omisivos, desde los de tentativa inidónea hasta los consumados, desde los dolosos hasta los realizados por culpa inconsciente¹⁶³.

f) *A manera de síntesis*

Lo dicho hasta ahora muestra claramente que las aguas en la doctrina moderna sobre la omisión siguen confusas y ello justifica el trabajoso panorama que hemos dado. Pero en el fondo, también se demuestra que los autores no están tan lejos unos de otros, fundamentalmente porque se ha partido de una idea conceptual de definir primero la estructura del delito –acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad– para luego intentar colocar todos los problemas que se suscitan en esas categorías. Pero, como bien se ha visto, estas categorías son herederas del positivismo postidealista, y por esa razón cargan con el problema que tenía esa forma de ver el mundo, especialmente el causal. Además tiene en general otro problema, que es el de la prevención, de modo que ésta es la que regula todo el sistema, se quiera o no.

Se podría ensayar otra perspectiva, que hemos intentado ya en relación con los delitos dolosos de acción, sin dejar de lado las categorías antes mencionadas, pero intentando darle sentido fuera del problema de la prevención. No se trata de volver al idealismo y menos aún a Hegel, con el problema grave de interpretación que éste tiene, pero sí a las categorías de imputación, tanto en la acción como en la omisión. De esta forma, debe hablarse de una imputación de un resultado –en las omisiones impropias– y un incumplimiento al deber jurídico de actuar –en las omisiones propias– de un sujeto libre, que puede dominar, en un caso, la posibilidad de dirigir su acción y con ello dañar al bien jurídico, y, en el segundo caso, el sujeto libre que

¹⁶³ *Ibidem*, ps. 179/180.

decide incumplir el deber. Entonces, no se trata del problema de si la omisión-acción es un concepto ontológico, sino de si es posible imputar al autor no por razones de prevención, sino de su culpabilidad, las consecuencias de esta forma de actuar y no actuar respectivamente. Esto es, se trata de un problema metodológico y en ese sentido estas discusiones son al menos redundantes, salvo que en el fondo existe una discusión más importante, como lo venimos demostrando en esta obra.

VII. La división entre delitos de omisión propia e impropia. Breve caracterización

La doctrina ha distinguido, desde Luden¹⁶⁴ hasta acá, y legalmente, en los códigos modernos y en los proyectos de reforma en la Argentina, entre la omisión propia y la impropia. Así, Welzel explica el tema cuando expresa que el Derecho Penal se ocupa de la omisión en diversas formas: a) Existe un grupo de disposiciones que impone pena sólo a la infracción de un deber de actuar, como ser cuando se omite denuncia oportuna de planes delictivos (§ 330), la presentación de socorro en caso de accidentes (§ 338, N° 4), el cuidado de los árboles (§ 330, N° 2). Son éstos los delitos de omisión “propios”¹⁶⁵. b) En otros casos, se pena en una misma disposición legal, tanto una acción que produce un resultado como también la omisión de evitar este resultado, por ejemplo, en los §§ 121/347, 223b, 354/355. En estos supuestos se reúnen en una misma disposición un delito de comisión y un delito de omisión propio, un tipo de prohibición y un tipo de mandato¹⁶⁶. c) Junto a estos dos mandatos de acción que están establecidos por ley, existe un grupo de mandatos que obligan a evitar la inminente lesión de bienes jurídicos, sin estar sancionados expresamente por la ley. Su transgresión se castiga, generalmente, de acuerdo al marco penal de aquellos delitos de comisión que se refieren a la realización

¹⁶⁴ LUDEN, *Abhandlungen*, Bd. II, Göttingen, 1840, ob. cit., p. 219. Véase HUERTA TOCILDO, ob. cit., p. 32.

¹⁶⁵ WELZEL, ob. cit., § 26, II, 1, p. 279. Claro el art. 108 del Código Penal argentino.

¹⁶⁶ *Ibidem*. También se podría analizar el art. 106, Cód. Pen. argentino.