

La conducta omisiva : Del comportamiento humano a la corporificación delictiva.

Autoras: MSc. Arlín Pérez Duharte

Lic. Anet Yamila Vega Durán.

Palabras para una introducción.

La sensación que parece caracterizar al casi recién estrenado siglo XXI es la de la duda o peor aún la de una profunda incertidumbre.

Los diarios locales difunden día a día los horrores de las guerras en diferentes sitios del planeta, la red de redes aumenta sus hipervínculos y tentáculos haciendo la vida cotidiana más rápida y truculenta, los artistas de la plástica plasman en sus lienzos la teoría del caos y los escritores de mejor pluma nos impulsan a pensar en una Alicia que no requiere de introducirse en el espejo para ver el mundo al revés (Galeano) o que los locos no son los que se guardan tras los muros del manicomio, sino los que deambulan por las calles (Cohelo), o peor aún están sentados en otros lugares más altos.

Esta indescriptible expresión de la postmodernidad rebasa los marcos sociales y se extiende a los predios del Derecho y por ende a los del Derecho Penal, el que se debate entre lo máximo y lo mínimo, la peligrosidad o la culpabilidad , los ciudadanos o los enemigos, el respeto irrestricto a la Legalidad o su “flexibilización” por conveniencia, un proceso penal garantista o un proceso penal “seguro”, entre otros aspectos, todo lo cual permite hablar de un Derecho Penal dividido en dos lados extremos o puntos paralelos que nos hacen reencarnar en la piel de Ulises al tener que cruzar entre Escila y Caribdis.¹

Visto así el pasaje homérico refleja de modo exacto la encrucijada actual de la ciencia penal, por uno de los extremos la infernal Escila² y por el otro Caribdis³, es decir el saber se debate entre un Derecho Penal extremo y hasta cruel y otro, bien excesivamente tolerable que puede generar impunidad e inconformidad social pero siempre por esencia violento, o lleno de cuestiones problemáticas sin resolver, lo que unido a sus contradicciones propias impide a cualquiera que pueda salir ileso de tal viaje, ni mucho menos inclinarse totalmente hacia uno de sus extremos, proeza que exigirá de los que han escogido a estos predios como estudio y trabajo de una tensión mayor y del desarrollo del verdadero arte del guante blanco y la espada afilada.

¹ Expresión figurativa con que se explica la situación del que no puede evitar un peligro sin caer en otro. (Diccionario ESPASA-CALPES 1987) y que proviene del pasaje homérico que describe la travesía de Ulises entre dos escollos, uno enorme con pico agudo (Escila) y otro más bajo (Caribdis). La Odisea. Colección de Clásicos, Biblioteca Nacional, la Habana 1970, ps 233- 236.

² Describe Homero en la Odisea que Escila es un monstruo con voz semejante a la de una perra recién parida, con doce pies deformes y seis cuellos largísimos que terminan en horribles cabezas con abundantes y apretados dientes, y que habita en un escollo enorme de pico agudo cuya cima no parece despejarse ni en verano ni en otoño.

³ Se conoce como el otro extremo del pasaje, concebido como un cabrahígo grande y frondoso donde la divina Caribdis sorbe la turbia agua, de forma tal que arrastra y succiona todo a su paso, visto como un fenómeno más natural pero tan temible como su vecina Escila.

La omisión dentro del Derecho Penal, se ubica junto a otros temas polémicos en el centro de esta encrucijada; emergió luego del amplio debate del significado de la acción y actualmente se ha desarrollado como una reconocida y estudiada institución en el contexto de las Ciencias Penales, comenzando con propias publicaciones, análisis, debates, gracias también, a una lista de investigadores y teóricos de la doctrina penal, en sentido general. Todo ello debido, por una parte, a la autenticidad de los problemas ilustrados y de las soluciones obtenidas y, por otra, a la multitud de casos en los que dicha institución penal ha encontrado su configuración.

El delito de omisión presenta una compleja problemática dentro del estudio y análisis de la dogmática moderna, por lo que entendemos que un pequeño tratamiento contribuirá, poco a poco, al esclarecimiento de un tema que no ha sido abordado con la profundidad y análisis que merece, a excepción de los grandes maestros del Derecho Penal. Asimismo, pretendemos dejar aclarado que solo intentamos con estas líneas poner de manifiesto los aspectos esenciales que presenta el delito omisivo, con la máxima sencillez y sin pretensiones filosóficas. Es de destacar que la doctrina no ha hecho progresos significativos en lo que hace a las características y fundamentos esenciales de este ilícito que comparado con otros institutos del Derecho Penal no ha llegado al grado de análisis reflexión e investigación que merece.

La comisión o acción siempre fue considerada como el punto de partida para la definición de delito, y como única forma de conducta en la comisión de hechos delictivos. Por ello, los delitos omisivos fueron tratados por muchos expertos de la doctrina penal, como parte integrante de los primeros. Concepto que cambió (aunque no totalmente) dentro del Derecho Penal, a partir de las tomas de posiciones y consideraciones de aquellos para los cuales hoy la omisión es una forma de conducta humana independiente de la acción, aunque guarda relación con ésta. Fue entonces que en el marco del estudio de la presente institución germinaron figuras de relevancia como lo son las formas de la omisión (omisión propia e impropia), la posición de garante, la cual encontramos dentro de la omisión impropia o conocida por casi todos como comisión por omisión.

Muchos han sido los aspectos complejos con relación a la omisión, así como sus principales interrogantes que hicieron y aún hacen que su estudio sea cada vez más profundo y se haya extendido hasta lo que va del presente siglo.

Alrededor de la omisión, se gestan diversas interrogantes que iremos tratando en el contexto del presente trabajo. Como por ejemplo, su diferencia y relación con los delitos por acción, ya que también asumimos a la mencionada comisión por omisión y su situación compleja; la posición de garante y su relevancia penal especialmente en el marco de la omisión, entre otros aspectos que le sirven de complemento para que exista y se erija en un camino diferente al de la acción como forma tradicional de comportamiento.

La Omisión como forma del comportamiento humano.

La Acción como forma tradicional del comportamiento humano. Su trascendencia al Derecho Penal.

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo y primer elemento para que exista el delito. A veces un acto o conducta involuntaria puede tener en el Derecho Penal, responsabilidad culposa predeterminada.

Además, la conducta es el pilar fundamental y la base primaria para que se produzca el delito; dato natural del que podemos predicar en determinadas circunstancias y condiciones su tipicidad (adecuación a un tipo penal), antijuridicidad (contrariedad con el ordenamiento jurídico) y culpabilidad (juicio de reproche por la posibilidad de actuar conforme a derecho); características normativas o valorativas que afirmadas con relación a una conducta determinada, permiten calificar a la misma como "delito".

Todos los tipos penales de la parte especial de los Códigos Penales están necesariamente referidos a un autor ("el qué...", "quiénes...", los "que...", etc.) y, por lo tanto, a una conducta determinada que se encuentra literalmente mencionada mediante un verbo típico (matar, apoderarse, etc.). Por lo tanto, el aspecto relevante en el análisis práctico de la solución de casos o problemas consistirá en la falta o ausencia de conducta en todos aquellos supuestos en los que el ente material de nuestro examen no presente todos los elementos objetivos y subjetivos que son necesarios para afirmar la existencia de una conducta. Excluida la conducta, no tiene sentido entrar al análisis de los restantes caracteres del delito puesto que nos habremos quedado sin la base o sustrato estructural de la dogmática jurídico penal.

Esta manifestación primaria del obrar delictivo, como dice la doctrina, presenta dos formas concretas de manifestación: bien un hacer positivo (comisión o acción en sentido estricto), bien un no hacer (omisión).

El delito es obra de un sujeto determinado, el elemento básico de su estructura debe ser la acción, en cuanto una conducta o hecho humano que la ley considera delito.

La Acción es un acaecimiento previsto por la ley y dependiente de la voluntad humana. Por consiguiente "es un comportamiento humano, un acto atribuible a un ser humano".⁴

La comisión se presenta en forma de un movimiento corporal, cuyo resultado implica una modificación del mundo exterior, una mutación perceptible de manera directa por los sentidos. La acción llevada a cabo viola una norma que prohíbe, que veta la conducta desarrollada por el sujeto.

De igual manera, no podemos perder de vista el resultado de la acción, el cual puede consistir en el daño efectivo ejercido en un bien del sujeto pasivo del delito, o bien en el mero riesgo de que tal daño se genere. En el primer caso, nos hallamos ante los denominados delitos de lesión y, en el segundo, ante los delitos de peligro.

⁴ Atolisei. "L'azione e i'vento nel reato", p. 60, 1928. Citado por Rodríguez Devesa, Derecho Penal español, 1989 p 145 y ss

El resultado del delito podría así definirse como la total realización típica exterior del mismo, englobando por tal motivo tanto la conducta del sujeto activo como el propio resultado. En cualquier caso, debe concurrir un elemento fundamental como es la relación de causalidad entre la acción y el resultado producido.

La acción es un aspecto del delito y para la teoría causalista, su precursor principal fue Franz Von Liszt, "es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Dicha consecuencia puede consistir tanto en el puro movimiento corporal (delitos de manera actividad), como en este movimiento corporal seguido del resultado ocasionado por él en el mundo exterior (delitos de resultado)".⁵

Para la Teoría Finalista (Hans Welzel), "La acción no es solo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino por su propia esencia, ejercicio de la actividad final. La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan a la meta perseguida mediante la utilización de recursos".⁶ Los Finalistas consideran a la voluntad como un factor de conducción que supradetermina el acto causal externo. Es decir, el agente para cometer el hecho delictivo piensa el ilícito y realiza la conducta delictiva, por que su voluntad lleva un fin y este es el último acto que provoca la aparición del delito. La voluntad lleva un contenido, la intención de cometer el ilícito, el propósito de llegar a algo.

Dentro de la concepción finalista, se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad.

Debemos distinguir a las teorías Causalista y Finalista de la acción, en virtud a que la primera, considera a la acción como un producto causal y mecánica; en cambio, la segunda determina dirección o propósito a ese producto causal, es decir, existe una voluntad orientada en determinado sentido, a buscar un determinado fin.

Al hablar de la acción, se comenta como teorías causales el concepto naturalista de acción y el concepto social de acción. Se explica este último derivando su existencia del criterio natural, el cual cataloga a la acción como causación de un resultado, sin tomar en cuenta el elemento subjetivo del comportamiento, sino considerándola como puro factor causal, es decir, como causación de un resultado. Se le designó como "Natural" por querer trasladar las leyes de la ciencia de la naturaleza al Derecho Penal, y considerar el cumplimiento del tipo como una simple consecuencia (naturalmente condicionada), del proceso causal precedente. Es el producto del pensamiento naturalista dominante en el último tercio del siglo XIX, infiltrado en las ciencias del espíritu. Como diría una autora "...al igual que todo suceso de la naturaleza, el delito es el resultado de una cadena causal. El Derecho Penal, sin embargo, en la averiguación de la causación del delito, debe moverse en límites más estrechos que la criminología, situada en el umbral de las ciencias de la naturaleza. Ésta pretende remontarse hasta los orígenes de la cadena causal productora del delito; aquel se debe limitar a averiguar la causa inmediata, relevante jurídico-penalmente, del resultado incriminado. Esta causa

⁵ Von Liszt, Franz. "Lehrbuch", 6ta edición. 1920, p. 46

⁶ Welzel, Hans. "Strafrecht", segunda edición, 1936, p. 69

no está integrada por todo acto humano, si no tan solo por el hecho relevante para el tipo, vinculado directamente con el resultado, se prescindirá de los primeros eslabones de la cadena; la causalidad comienza con una acción adecuada al tipo.⁷

Según los causalistas de la Teoría Naturalista de la acción, ésta produce un resultado y es la causación según las leyes de la naturaleza de causa efecto. Como bien se menciona, para el Derecho Penal, solo tiene relevancia un resultado típico, idea inaceptable para los naturalistas, en virtud de sostener como imposible que un proceso natural produzca un resultado jurídico, ya que el resultado típico se da en la naturaleza. Por lo tanto, el concepto natural de acción se mantiene dentro de los efectos naturales de la causalidad. La acción se agota en proceso y consecuencias mensurables por la ciencia de la naturaleza, y es completamente libre valorativamente hablando. Ven a la acción como un movimiento muscular o descanso físico, según se trate de acción u omisión respectivamente, desprovisto de contenido volitivo respecto del resultado; así, se considera a la acción como un proceso causal extrajurídico, sin tomarse en cuenta en este concepto natural de acción, si el resultado es típico o no. Como no podría ser considerada la acción de modo mecánico como simple causación, sin tomar en cuenta su voluntad intrínseca, con la evolución de las ideas, se desnaturalizó el concepto de acción, adoptando un concepto social de ésta.

El Concepto Social de acción implica una relación valorativa con el mundo circundante social, por patrones sociales.

Existen autores en la doctrina penal como es el caso de Castellanos Tena, quienes no aceptan las teorías causalistas porque la acción es actividad final humana; el sujeto piensa y medita la realización de la acción delictiva, escogiendo los medios para su cometimiento, es decir, el sujeto tiene el propósito de que el resultado se produzca.

El Derecho Penal no puede formar un concepto de acción separado del contenido de la voluntad; los Causalistas solo agregan el momento voluntad sin contenido, lo que no es suficiente para el Derecho Penal. No basta que se haya querido realizar una acción, para haber una conducta o comportamiento humano, en determinada dirección al mundo exterior, debe anticiparse el resultado, porque al Derecho Penal no le interesa lo que deba producirse como fenómeno natural, por no ser de importancia para la acción.

También se ha criticado a la Teoría Finalista con respecto a los delitos imprudentes, ya que pueden darse hechos finales no dolosos, una acción de muerte la comete tanto el que dispara apuntando con voluntad de matar, como el que al limpiar su escopeta la descarga sobre otro, olvidan la referencia del actuar con el resultado. En el primer caso, el sujeto actúa finalmente con relación al homicidio (comete una acción de muerte); en el último, la finalidad está limitada a la conducta de limpiar la escopeta (se lleva a cabo una acción de limpieza, final irrelevante para el tipo, que por un descuido, causa el resultado típico).

Como podemos ver, no son acciones relevantes para el Derecho Penal, según los Sociologistas, los actos reflejos de la inactividad, las actividades sociales que proceden de personas jurídicas y todos los procesos de la visa psiquiátrica, esta pretensión de que

⁷ Morales Oropeza, Patricia. "Teoría del delito". Lucas Morea, Sinexi S.A, 1997, México. Sitio Web: http://www.members.fortunecity.es/robertexto/archivo12/teoria_delito.htm-40k.

no es acción lo que no trasciende del individuo y no es socialmente relevante porque no afecta a la sociedad, trae consigo una limitación al legislador, porque todas las actividades que describe Jescheck⁸ como irrelevantes para el Derecho Penal, según la concepción sociologista, son reguladores por el Derecho Penal.

El Concepto Social de Acción, perteneciente a la corriente causalista, determina que la acción del sujeto no puede ser definida exclusivamente atendiendo a las leyes de la naturaleza, ámbito ajeno al Derecho Penal. La acción debe ser un concepto situado dentro del Derecho. Para los Sociologistas, no importa si la acción puede producir una modificación en el exterior, lo esencial es que ésta implique una relación valorativa con el mundo circundante social. El Concepto Social de Acción es valorado por patrones sociales, es la realización de un resultado relevante socialmente; esta corriente también extrae la dirección de la voluntad del concepto de acción.

Por lo anterior expuesto, una acción tendrá relevancia social, cuando sea entendida finalísticamente. Ya hemos dicho, que la Teoría Social pertenece a la Corriente Causalista, por lo mismo, niega contenido a la voluntad, de ahí la nebulosidad de que habla Zaffaroni, porque no es posible que sea admisible el concepto de acción como el requerimiento de relevancia social por lesividad social, por lo cual se desprende que para una conducta sea lesiva socialmente debe ser finalista. Esto en virtud de que lo social se caracteriza por interaccionar psíquico, que necesariamente están provistas de contenido sus respectivas voluntades.

Aunque la discusión acerca del concepto general de acción ocupó durante mucho tiempo a la doctrina y las diferencias entre las diversas posturas (sobre todo entre causalistas y finalistas) parecían irreconciliables, en la actualidad, la discusión en torno al concepto de acción ha perdido importancia y la doctrina intenta reconducirla a términos más modestos, pero más prácticos. Por ello, la acción ha pasado para muchos autores de ser un elemento previo a partir del cual se definía el delito, a ser el primer elemento de la tipicidad. A la doctrina penal actualmente no le interesa un concepto *a priori* de acción, sino "la acción típica", esto es, la acción seleccionaba por el legislador en el tipo de entre las conductas existentes en la realidad.

Según nos orienta Rodríguez Devesa⁹, existen dos tipos de acción delictiva la primera puede consistir en un hacer algo, en la realización de un movimiento corporal: acción en sentido estricto; o en un no hacer algo, en segundo lugar: omisión pura o propia; o en una combinación de ambas posibilidades: comisión por omisión u omisión impropia. En los delitos de acción en sentido estricto se infringe una ley prohibitiva; los delitos puros de omisión consisten en la infracción de una ley preceptiva, que manda hacer algo; en los delitos de comisión por omisión se infringe una ley prohibitiva mediante la infracción de una ley preceptiva. Ej.: el homicidio infringe la prohibición de matar (ley prohibitiva); la omisión de socorro es la infracción de la obligación de socorrer a las personas que se hallaran en la situación que el Código expresa (ley preceptiva); la madre que mata al recién nacido (infracción de una ley prohibitiva) no

⁸ Jescheck. J. "Tratado de Derecho Penal", parte general, 4ta. Edición, Granada, 1993, p. 423

⁹ Rodríguez Devesa, José María. "Derecho Penal Español, parte general". Madrid, 13. edición, 1990, ps. 368-369.

proporcionándole los alimentos que el mismo no se puede procurar (infracción de una ley preceptiva), mata mediante una omisión. Nótese que en la estructura de los delitos de acción y los de omisión es semejante. En ambos entra como componente un hacer activo y un omitir, Así en el homicidio: matar, no matar (deber de); no socorrer, socorrer (debe de). La diferencia está en que la ley pone el acento en un caso en el hacer y en el otro, en el incumplimiento del deber. Tanto en uno como en otros delitos, se produce un comportamiento distinto de la acción esperada por la ley, en el homicidio, la ley espera que el sujeto no mate, en la omisión de socorro, que preste el socorro.

Comer o nadar, por ejemplo, son dos acciones que en principio no tienen por qué ser objeto de valoración jurídico-penal alguna, como tampoco tienen por qué ser objeto de esa valoración omisiones como la de no llegar puntual al trabajo o la de no pedir perdón cuando previamente y sin querer, se ha dado un pisotón a otra persona.

La acción, el hacer, el comportamiento activo, es un concepto ontológico, no valorativo, pertenece a la esfera del ser y no a la del deber ser, porque abarca tanto comportamientos buenos como malos. Con el concepto de acción o de hacer, se corresponde, como segunda y última manifestación del comportamiento humano, el concepto de no hacer, de comportamiento pasivo, éste es también un concepto ontológico no valorativo, en cuanto abarca tanto no haceres buenos como malos.

El concepto de acción típica ha de partir de una definición de carácter normativo -que permita incluir tanto la acción como la omisión- que posteriormente habrá de sufrir un proceso de desnormativación para que en ella puedan subsumirse los comportamientos reales. Mientras que el concepto de "acción típica" ha de ir en relación con un determinado tipo penal, lo que se analizaría bajo el concepto general de acción no sería la concreta tipicidad de la acción, sino si tal acción *reúne los caracteres generales de toda conducta humana*.¹⁰

La acción es un acto humano determinante de una modificación del mundo exterior tenida en cuenta por el legislador para describirla y sancionarla con una pena y debe cumplir de ciertas condiciones. Primero que sea producto de la voluntad humana, sin que, todavía haya de atenderse al contenido de esa voluntad. Lo importante para la teoría de la acción se trata de un acto, cualquiera que sea su contenido, originado en el libre albedrío del sujeto, una manifestación de su voluntad conciente y espontánea. Para que se dé basta que el sujeto quiera su propio obrar. Además la manifestación de voluntad debe exteriorizarse, ya sean actos positivos o negativos, sino es irrelevante para el Derecho Penal.

Resumiendo, la acción ha de producir un resultado en el mundo exterior, ya que lo que no trasciende puede entrar en el ámbito de la ética, pero nunca en el del Derecho. No obstante, el resultado no tiene por qué conducir siempre a una mutación material para que la acción se dé. En tercer lugar, ha de existir una relación de causalidad entre esa manifestación de la voluntad del sujeto y el resultado. La caracterización de este elemento ha dado lugar a diversas concepciones de la acción (Teorías casualistas, finalista, doctrina social de la acción).

¹⁰ De la Cuesta Aguado, Paz M. "Tipicidad e Imputación objetiva". 2da. Edición, Editorial Jurídica de Cuyo, Mendoza, 1998. Sitio Web:<http://www.elprisma.com/apuntes/apuntes.asp?page=17.categoria=402>.

Junto a esto se analizaría con carácter general los requisitos esenciales del comportamiento para ser calificado como humano y propio de sujeto que lo realiza en el sentido de dependiente de su personalidad, se analizaría, dentro de la tipicidad, la acción típica, que describiría el concreto comportamiento exigido por los tipos de la parte especial, que se relacionaría con el resultado -en su caso mediante una relación de causalidad- y sobre la que se fundamentarían los demás elementos del delito.

Como hemos podido ver, la acción es también forma de la conducta, anteriormente se planteaba que era la única que existía y a partir de ella se analizaba y se desprendía la omisión. Hoy aparecen diferentes penalistas que en sus estudios hacen diferente la acción de la omisión, los que a través de las décadas se han planteado diversas posiciones en búsqueda de lo más verdadero y real, que todos en su conjunto poseen un enriquecedor estudio para ampliar los caminos del Derecho Penal en la actualidad.

Criterios de distinción entre acción y omisión.

La fórmula clásica refleja una concepción que sitúa a acción y omisión en el mismo plano sistemático (sea éste el del ser conducta o comportamiento humano o el de las realidades normativas-tipicidad). Sin embargo, se considera, en primer lugar, que los conceptos de acción y omisión no se contraponen, sino que se sitúan en niveles sistemáticos distintos.

En el plano del ser, solo hay procesos causales, algunos de los cuales, que son capaces de sentido, esto es, interpretables y no meramente explicables, reciben el nombre de acciones. Éstas, al ser contempladas desde perspectivas normativas (o sea, a partir de algún sistema de normas, sea éste del género que sea) pueden manifestarse como comisiones o como omisiones. En particular, es eso lo que sucede cuando las acciones humanas se contemplan desde la perspectiva del Derecho Penal, que pueden interpretarse como comisiones u omisiones (realizaciones típicas comisivas u omisivas).

Comisiones u omisiones se distinguen normativamente. Las primeras expresan ingerencias en la esfera jurídica de terceros, (empeoramiento del estado de los bienes jurídicos ajenos) lesiones de su autonomía; las segundas, expresan la ausencia de una intervención en salvaguarda de los bienes jurídicos de terceros, y por tanto, vulneran principios de solidaridad, en general.

La comisión por omisión es una situación compleja: es comisión y es omisión. Se distingue de la comisión activa porque en ella no hay una creación activa (por vía causal eficiente) de riesgo. A la vez, se distingue de la omisión pura porque en ella, de modo previo se adquiere voluntariamente un compromiso de actuar a modo de barrera de riesgos concretos que amenazan a bienes jurídicos específicos, (obligación o deber, lo que se denomina doctrinalmente, "posición de garante"). Dicho compromiso produce un efecto de confianza y abandono, tanto en los potenciales afectados como en terceros potenciales intervinientes.

De este modo, si luego se incumple el compromiso de contención dejando que el riesgo se haga actual y se realice en el resultado, se tiene un dominio de dicho riesgo, un control del proceso lesivo que es normativamente idéntico al de la comisión activa, pese a no haber en la conducta del sujeto causalidad en relación con el resultado (identidad estructural y material en el plano normativo).

La comisión por omisión tiene, pues, en común con la comisión activa el que realmente supone una ingerencia del sujeto en la esfera jurídica ajena, al haberse ampliado el propio ámbito de competencia a espacios de defensa de terceros, que el sujeto configura, para luego no cumplir el compromiso. Lo importante de ello es que la sanción de la comisión por omisión no se basa en una vulneración del principio de solidaridad sino en una lesión del principio de autonomía. Sin embargo, la comisión por omisión tiene en común con la omisión pura el que ella no crea un curso causal activo que genere la producción del resultado: dicho curso causal, generado por otra instancia natural o humana, se le imputa al sujeto en virtud del compromiso de contención incumplido. Se podría decir que la comisión por omisión y la omisión pura tienen en común la base ontológica de la realización típica (ausencia de generación de un proceso de causación activa del resultado) Y que la comisión por omisión y la comisión activa tienen en común la base normativa de la realización típica. Algunos penalistas plantean que la comisión es auténtica comisión aunque sea por omisión, esto es sin causar activamente el resultado. Y sería, permitiéndoles en una expresión, comisión propia y omisión impropia.

Por todo lo indicado, creemos que responde mejor a la realidad, el plantear el problema de la discusión en términos de diferenciar entre comisión y omisión. Esta distinción, además, tampoco coincide con lo que puede tener lugar entre una realización activa y una omisiva del tipo. Pues, como se ha advertido y resulta evidente, existe una comisión activa y una comisión por omisión. Así las cosas, la distinción entre comisión y omisión se plantea a dos niveles. Por un lado, es una distinción entre omisión pura y comisión por omisión. Por otro lado, es una distinción entre comisión activa y comisión por omisión. Se observa que en realidad, la problemática reseñada tiene sentido claro, se trata de delimitar la institución de la comisión por omisión de las dos figuras que le son próximas y con las que pese a la claridad de la distinción conceptual, puede confundirse en casos concretos.

Ciertamente, muchos delitos, como por ejemplo el homicidio que en principio, se deriva de una norma prohibitiva (no matar) pueden ser realizados tanto por acción como por omisión, pero en este último caso solo puede ser hecho responsable por omisión el que tenga un especial deber de evitar el resultado, lo que demuestra una diferencia valorativa entre la acción y la omisión que impide una equiparación entre ambas formas de comportamiento de forma general y absoluta.

Existe una opinión en la doctrina penal de que la diferencia entre acción y omisión depende del criterio valorativo, de la norma de referencia que utilicemos para valorar la conducta humana. De ahí que la distinción no sea siempre fácil de hacer y haya que tener en cuenta siempre la norma de referencia antes que la forma de manifestación misma de la conducta, que siempre está constituida de momentos activos y omisivos.

Sin embargo, Jescheck nos refiere: “el delito omisivo es al igual que el delito imprudente, una forma especial de aparición de la acción punible”¹¹. Este tipo de delito puede ser cometidos tanto dolosa como imprudentemente. Los delitos omisivos, de la misma forma que los comisivos, integran el concepto superior del comportamiento humano de considerable alcance social, pero se diferencian esencialmente de los delitos

¹¹ Jescheck, J. Ob. Cit, p. 431.

cometidos mediante un hacer positivo en que no es posible una traslación inmediata de los conceptos y reglas jurídicas desarrolladas para los delitos de comisión. (Dado que la omisión no responde a la misma realidad que el hacer positivo, sino que solo puede ser imaginada como la frustración de la expectativa de una determinada y posible acción del autor).

Por otra parte y en su momento Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán comentaron que: “La omisión en sí no existe, la omisión es la omisión de una acción que se puede hacer y por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada en sí, sino siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada.”¹² De aquí se desprende que el sujeto autor de la omisión debe de estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad de acción, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión. Por ejemplo, un paralítico no puede omitir la salvación de una persona que se está ahogando en el río.

Como dirían en otros de su análisis, “Omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo (voluntariedad, finalidad y causalidad) deben estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión. Así, las causas que excluyen la acción son también, al mismo tiempo, causas de exclusión de la omisión. La posibilidad de acción es por consiguiente, el elemento ontológico conceptual básico común tanto a la acción como a la omisión.”¹³

Si partimos de que la acción es el comportamiento voluntario y final que, por ser elemento que ha de concurrir en todo tipo y que muchas ocasiones puede estudiarse con anterioridad al mismo, podemos llegar a la absurda conclusión de que los delitos de omisión no precisan estar constituidos por ningún comportamiento humano. Considerando para este razonamiento la opinión de los antes mencionados tratadistas.

Para obviarlo se afirma que "los tipos omisivos requieren, tanto como los de comisión positiva, un comportamiento humano, generalmente constituido por una *actividad positiva*. La no realización de la conducta exigida por la ley tiene lugar casi siempre mediante la ejecución de una acción positiva distinta a aquella... Podría decirse que en los delitos de omisión existen tantos comportamientos (positivos) típicos cuantas posibles conductas distintas a la realización de la acción esperada".¹⁴ Pero se dice también, que esta postura es insostenible, pues la omisión no requiere una acción distinta, sino de la omisión de un hacer activo ordenado y exigido.

Ahora bien, del mismo modo que no toda acción es jurídico-penalmente relevante, toda omisión tampoco lo es. Sólo lo son aquellas omisiones que infringen el deber de actuar en un determinado sentido, es decir, la omisión típica. Esto incide en la idea de que el concepto general de acción no es un elemento previo y autónomo a la tipicidad, sino un conjunto de requisitos típicos, que eso sí, tienen que reunir una serie de caracteres para ser considerados humanos: en este sentido igual que cualquier hecho no es considerado acción -positiva (acción en sentido estricto)- humana; cualquier omisión tampoco será considerada omisión humana.

¹² Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal, parte general, 5ta edición, Valencia, 2002, p. 237.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ De la Cuesta Aguado, Paz M. Ob. Cit

Las normas jurídicas o son normas de prohibición o preceptivas. Mediante las primeras se veda una acción determinada, la infracción consiste en la realización de la norma prohibida. A través de las segundas es ordenada una acción concreta; la infracción jurídica consiste en la omisión de ese hacer. Todos los delitos de omisión son infracciones de las normas preceptivas.¹⁵

En Derecho Penal predominan naturalmente las normas prohibitivas porque esencialmente no puede ser misión de las sanciones penales evitar a los destinatarios de las normas, la salvaguarda por medio de su intervención personal de todos los bienes jurídicos puestos en peligro.

La jurisprudencia y la doctrina aceptan de común acuerdo que la mayoría de los delitos de comisión a cuyo tipo pertenece un resultado de lesión o de peligro, pueden ser también cometidos por medio de la ausencia de evitación de dichos resultados en la medida en que existe un deber jurídico de intervenir. Más allá todavía se encuentra la opinión de que también en los delitos de simple actividad entra en consideración una comisión omisiva. Para la solución de un caso de Derecho Penal se plantea ante todo la cuestión, como aspecto relevante para el enjuiciamiento jurídico-penal, de si a partir de un acontecimiento determinado se debe extraer un hacer positivo o una omisión.

Ejemplo: Cuando alguien golpea al agresor en legítima defensa dejándolo tumbado y a consecuencia de ello, se desangra, hay que pensar tanto en un homicida por un hacer positivo como a través de una omisión contraria a deber. También constituye un hacer positivo la entrega del volante a una persona incapaz de conducir.

Por regla general, la cuestión de si un hecho puede concebirse como un hacer o como una omisión, se contesta fácilmente de acuerdo con la comprensión natural de las cosas. No obstante, hay casos que no resultan claros a primera vista.

Más radical es Cerezo Mir, para quien "La omisión no es acción. Entre la acción y la omisión la única nota común es la capacidad de acción y ésta no permite elaborar un concepto genérico de conducta. El concepto de acción finalista y el concepto de omisión a él referido, pueden cumplir la función de elemento básico, aunque no unitario del sistema"¹⁶. Pero "la función del elemento básico no implica... la necesidad de que pertenezcan a la acción o a la omisión todos los elementos del tipo de injusto. Basta con que permita una interpretación satisfactoria de todos los tipos de injusto."¹⁷

Sin embargo, quizás siga siendo conveniente distinguir un concepto general de acción (por utilizar una terminología tradicional) del concepto de acción típica. En este sentido el concepto general de acción cumpliría la función de excluir aquellos actos o sucesos que no son fruto de un actuar humano (actos de la naturaleza o de animales) o que siéndolo no son voluntarios (actos reflejos, etc.).

Según nos plantea la doctrina y el Derecho españoles, como en otros ordenamientos jurídicos penales también, el comportamiento humano punible puede ser uno activo o

¹⁵ Así, Kaufman, Armin. "Unterlassungsdelikte", p. 3 y ss; Gallas. "Studien", p. 32, 50; Welzel. "Lehrbuch", p. 200, y s.s.

¹⁶ Véase, Cerezo Mir. "Curso de Derecho Penal Español, parte general." Tomo I, 4ta edición, Madrid, 1994, p. 579.

¹⁷ Ibidem.

puede consistir en una omisión. Según el artículo 1 del Código Penal español, por ejemplo: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”. Ni la ciencia del Derecho Penal considera, por ello, que una primera gran clasificación de los delitos es la que distingue entre los delitos de acción y delitos de omisión. Sin embargo, se plantea que esa clasificación no es correcta sin que con la misma se pretenda abarcar a todos los delitos.

El concepto de delito es único, mientras que la acción y la omisión son dos tipos de comportamiento distintos para realizar el delito. Por lo tanto, solo podría ser válida la expresión “delitos de acción” para designar a aquellos delitos que única y exclusivamente pueden ser realizados mediante una conducta positiva, o sea, por una acción y por lo mismo, de delitos de omisión únicamente cabría hablar en relación con aquellos que única y exclusivamente pueden realizarse mediante una omisión. Hay delitos que pueden realizarse tanto por una acción como por una omisión y por ello no puede decirse que sean ni delitos de acción ni de omisión en sentido estricto. En estos delitos donde a juicio de algunos autores, se inscribe la llamada comisión por omisión.

Acción Esperada.

Otros criterios señalan que la comprobación de que alguien ha omitido una acción que podía haber realizado es todavía insuficiente para generar un juicio de desaprobación sobre la omisión. Afirman que no siempre que podemos realizar una acción (abofetear a alguien, por ejemplo) debemos realizarla, ya que “Omitir” es un verbo transitivo, siempre se omite “algo” y por tanto la omisión penalmente relevante solo puede ser pues, la omisión de una acción esperada, por todo ello, de todas las acciones posibles que un sujeto puede realizar, al ordenamiento jurídico penal solo le interesa aquella que espera que el sujeto haga (auxiliar, socorrer, impedir que se cometa un delito, etc.), toda vez que le impone el deber de realizarla.

En resumen, parte de la doctrina del Derecho Penal asiente que el delito omisivo consiste siempre, por tanto, en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía obligación de realizar y que podía realizar. Por ello, el delito de omisión es siempre, estructuralmente, un delito que consiste en la infracción de un deber. Pero no de un deber social o moral, sino de un deber jurídico. En realidad, en el fondo de todo delito existe siempre una infracción de un deber, el deber de respetar el bien jurídico protegido en el tipo penal en cuestión (no matar, no hurtar, etc.) pero lo esencial en el delito de omisión es que ese deber se incumple al omitir el sujeto una acción mandada y por tanto, esperada en el ordenamiento jurídico. Consideramos que aunque esto sea de este modo, la omisión sea parte de la acción, pues como ya manifestamos y analizamos, son conceptos distintos.

El deber puede ser un deber genérico, que incumbe a cualquier persona por el hecho mismo de la convivencia (ayudar a alguien en peligro) o un deber específico que solo obliga a determinado círculo de personas (funcionarios, médicos, etc.) Pero aún cuando exista infracción de un deber, si la lesión del bien jurídico se produce por una acción habrá un delito comisivo o activo, no uno de omisión (así, por ejemplo, el cirujano opera con instrumental no desinfectado y el paciente muere por infección, habrá un delito de homicidio por imprudencia activo: Operar sin desinfectar el instrumento, no uno omisivo.) El mismo proceso causal puede ser valorado, por tanto, desde el punto de vista de una norma prohibitiva o desde el punto de vista de una norma imperativa, lo

que importa es saber en cada caso cuál es la parte de ese proceso causal que interesa penalmente hablando.

Aunque algunos autores se resisten, existen otros que reconocen que en la actualidad, prácticamente, no hay discusión en que existen dos formas de comportamiento atribuibles: la acción y la omisión; lo cual por lo demás es expresamente ratificado por la ley. Y que no es lo mismo que en el delito omisivo se atente contra un deber (jurídico) al omitir el individuo una acción mandada y tipificada legalmente, la cual esperaba el ordenamiento que se hiciese, a considerar que los conceptos no tienen alguna diferencia, que la omisión nace a partir de la existencia de la acción o que es parte de ella, cuando ya analizábamos criterios que discutían sus diferencias. Nosotros nos afiliamos a las posiciones anteriores que discernían entre el actuar y el omitir. Destacando sus relaciones o puntos de contacto que hacen que no se contrapongan, que a pesar de sus diferencias, guarden relación. Acentuando en todo este contenido, la antes mencionada comisión por omisión, denominada en la doctrina, omisión impropia.

Podemos decir también que este tipo de delito puede ser cometido tanto dolosa como imprudentemente. Los delitos omisivos, de la misma forma que los comisivos, integran como analizamos, el concepto superior del comportamiento humano de considerable alcance social, pero se diferencian esencialmente de los delitos cometidos mediante un hacer positivo en que no es posible una traslación inmediata de los conceptos y reglas jurídicas desarrolladas para los delitos de comisión. (Dado que la omisión no responde a la misma realidad que el hacer positivo, sino que solo puede ser imaginada como el infortunio de la expectativa de una determinada y posible acción del autor).

La Omisión. Variantes en el actuar humano.

Delito es la acción u omisión típicamente, antijurídica y culpable a la que está señalada una pena. En la doctrina penal dominante es de opinión mayoritaria esta conceptualización de qué es Delito. Y nos manifestamos de esta forma pues en todos estos conceptos, aparece que delito es, tanto acciones como omisiones.

Así tenemos que el comportamiento humano no se agota con el ejercicio activo de la finalidad, sino que tiene también un aspecto pasivo, como dicen algunos, constituido por la omisión. Este aspecto pasivo del actuar humano puede ser penalmente relevante. La conducta que sirve de base a la norma penal y que ésta regula puede consistir, pues tanto en un hacer como en un no hacer. Los Códigos Penales no solo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos. La infracción de estas normas imperativas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión. Lo que el legislador castiga en éstos es la ausencia de realización de una acción. Así, si la norma es prohibitiva, la conducta que la infrinja consistirá en una acción en sentido estricto, es un hacer (norma prohibitiva: no matar; conducta que la infringe: matar); pero si la norma es imperativa, la conducta que la infrinja consistirá es un no hacer la acción que la norma ordena (norma imperativa: socorre; conducta que la infringe: no socorrer).

En la actualidad, sigue sin decaer el interés que suscita la problemática de los delitos de omisión en el ámbito del Derecho Penal. La razón de ello obedece, por una parte, a la aparición de una delincuencia económica que utiliza con preferencia esta forma de comportamiento típico y de la cual la sociedad debe protegerse, por otra, la función de

promoción que asume el Derecho Penal al constituirse en un medio de contribuir a la evolución del modelo social.

La combinación de estos y otros factores ha llevado al legislador a introducir en los Códigos Penales un principio de solidaridad social en virtud del cual se responsabiliza al sujeto que omite realizar determinada prestación conducente a la salvaguarda de un bien jurídico, o que no impida la producción de un resultado típico estando obligado a ello.

La conducta humana que sirve de base al tipo penal puede consistir en un hacer y en un no hacer. La madre comete homicidio, tanto si ahoga con sus propias manos al hijo nacido, como si se abstiene de darle alimento y muere producto de la no alimentación. El término de omisión es en sentido general, múltiple (omitió saludar, pagar la factura o procurar auxilio al accidentado). Sin embargo, el concepto de omisión aquí utilizado es mucho más restringido, solo se refiere a aquellos comportamientos pasivos que producen consecuencias jurídicas. Por eso, no todo comportamiento pasivo consistente en un no hacer y equivale a una omisión en sentido penal. Para ello se requiere de algo más: de un juicio normativo negativo.

La cuestión no es fácil. De hecho, la doctrina se ha visto enzarzada en una histórica polémica que tiene a su vez, mucho que ver con el concepto de la acción. No nos olvidemos que el hacer y el no hacer son las caras de una misma moneda llamada comportamiento humano.

Los delitos de omisión consisten en no hacer algo. La omisión es independiente, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de acción, de la existencia de un coeficiente psíquico volitivo que en el momento en que debería haberse realizado la acción que el ordenamiento jurídico espera que realice el sujeto. Ese coeficiente psíquico puede darse y de hecho se da en muchas ocasiones, pero también hay delitos de omisión por olvido, en los que la ley penal mantiene sus exigencias, pues estaba en la voluntad del sujeto (dependía de su voluntad) el haber realizado la acción que de él se esperaba.

En los delitos puros de omisión ésta se halla siempre tipificada, prevista expresamente en la ley. Su estructura es pareja a la de los delitos de simple actividad, por lo que también reciben el nombre de delitos de simple inactividad: en ellos la ley no exige la producción de un resultado, en el sentido de una modificación del mundo exterior.

La omisión es una especie del género no hacer, especie que viene caracterizada porque, de entre todos los posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) solo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo: la omisión es un no hacer que se debería hacer. Al respecto se señaló: “un dejar de hacer solo se convierte en omisión cuando la acción de hacer es una que falta, una no existente, a pesar de que debería existir.”¹⁸

¹⁸ Androulakis. “Studien zur problematik de unechten unterlassunsdelikte, p. 68, 1963. Citado por Enrique Gimbernat Ordeig en su artículo “Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento” para la Revista de Derecho Penal y Criminología del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Externado de Colombia, No. 67/diciembre-enero/1998.

Como se ha tratado de demostrar, “omisión es siempre un no hacer en contra de lo exigido por alguna norma: ésta es la jurídico-penal cuando de lo que se trata es de la omisión delictiva (penada por la Ley).”¹⁹

Al igual que los delitos comisivos, los omisivos también han tenido rasgos esenciales en su historia que al igual que la culpa, éstos también han señalado un tratamiento reciente en la dogmática penal. En el s/ XIX no había mayor preocupación por el delito cometido por omisión, al cual se le aplicaban las mismas reglas que a los delitos de comisión. Es a partir de los años 20 del siglo XX que se inicia una mayor preocupación por la omisión; la vida moderna y el aumento urbano de la convivencia hacía necesario plantearse en ciertos y determinados casos un deber de actuar al ciudadano, para cumplir con el fin de protección de bienes jurídicos por parte del Derecho.

Fueron varios los tratadistas que se ocuparon del delito de omisión llegando a conclusiones de las más diversas. Hace más de cien años, Radbruch negaba la existencia de un concepto general de acción comprensivo también de la omisión, el hacer puede causar algo, pero no lo puede el no hacer, asimismo niega el autor la necesidad de una voluntad de omitir.

El problema básico de los delitos de omisión se plantea a partir de cuál sería la cuestión relativa sobre qué presupuesto la no evitación del acaecimiento de un resultado típico, puede ser equiparado a su producción mediante un hacer positivo. Mientras que sobre este aspecto en la literatura del s/ XVIII solo se encuentran afirmaciones ocasionales en relación con los delitos de homicidio, desde Feuerbach, la Ciencia Penal se esforzó sistemáticamente en los deberes jurídicos destinados a la evitación del resultado. Junto a ello, la cuestión relativa a la causalidad de la omisión del resultado que no ha sido impedido, se situó en un primer plano durante largo tiempo. Irresuelto quedó el problema concerniente a la fundamentación y limitación de los deberes de garante.

Feuerbach señalaba con la fundamentación característica de la concepción de la libertad durante la ilustración que “la obligación primigenia del ciudadano solo está referida a la omisión.”²⁰ Con ello, ya se había suministrado el fundamento para el desarrollo posterior de los delitos de omisión. Con la penetración del pensamiento científico natural en la teoría del Derecho Penal, comenzaron en torno a la mitad del s/ XIX los intentos de solucionar el problema de la equiparación a través de la prueba de una auténtica causalidad de la omisión en relación con el resultado. Este desarrollo no va a ser seguido aquí, pues tras muchos rodeos y caminos equivocados se ha impuesto la idea de que la causalidad no es la cuestión decisiva de la omisión, “la punibilidad de la omisión es completamente independiente de la aceptación de su causalidad.”²¹

Decisivo resulta, más bien, el punto de vista normativo de que alguien, en cuya intervención confía la comunidad y por medio de la omisión de la actividad esperada, infringe los intereses que le han sido confiados y que permanecen así indefensos por la ausencia de un aseguramiento. De este modo, el problema de la equiparación vino a convertirse en una cuestión de la antijuricidad.

¹⁹ Rodríguez Mourullo y Córdova. Artículo “Moral y Derecho”, publicado en el diario “El País” de 6 de enero de 1987, p. 24.

²⁰ Feuerbach. “Lehrbuch”, 3ra edición, p. 357.

²¹ Von Liszt. Ob. Cit., p. 108.

Durante mucho tiempo los deberes jurídicos relevantes para los delitos de omisión fueron fundamentalmente de un modo puramente formal por medio de su origen (ley, derecho consuetudinario, contrato, etc.). Pero ya tempranamente los intentos destinados a deducir materialmente los deberes jurídicos de evitar el resultado de la propia misión protectora del Derecho Penal, y así, se atendió al círculo de deberes sociales del omitente, al sano sentimiento popular y a las necesidades de orden interno de las comunidades sociales.

Dentro de las escuelas penales también se cultivó la conceptualización de la omisión, por ejemplo, dentro de la causalista se agrupan todas aquellas teorías que consideran a determinadas propiedades naturales como suficientes para dar sentido a la omisión. El contenido de esas propiedades puede provenir de fuentes muy diversas. Por ejemplo: los primeros causalistas identificaban la omisión con un abstenerse de hacer algo, sin hacer ningún gasto de energía decían, y los finalistas de realizar la acción final. En ambas, el concepto de omisión se hace depender de propiedades del comportamiento del ser humano: la pasividad, el no hacer la acción finalmente posible.

Estas posturas fueron objeto de fuertes críticas. Hacer depender la noción de la omisión de la pasividad del sujeto resulta irrelevante. Por ejemplo: la enfermera que permanece absolutamente inmóvil dejando morir al enfermo que sufre de una parada respiratoria omite, en sentido penal, de igual forma que si lo abandona para irse al cine. De la misma manera, la propuesta finalista, mucho más elaborada que la causalista, tampoco llega a convencer. En efecto, según ellos, para que una omisión o acción sean finales, el sujeto debe conocer la situación en la que una u otra deben producir sus efectos. De acuerdo con dicha teoría, difícilmente podría ser penalmente relevante, como resulta serlo, la conducta de la enfermera que perjudica la salud del paciente al olvidar la dieta prescrita unos días antes por el médico. O sea, el concepto final de acciones no explica o su definición no comprende a las omisiones por culpa inconsciente.

Hoy la mayor parte de la doctrina se inclina por atender que la omisión es un concepto jurídico-penal y no meramente naturalístico.

Lo importante, es al igual que sucedía con los casos causales, fijar el criterio que nos permita seleccionar de entre todos los comportamientos pasivos o potencialmente finales a aquellos que interesen al Derecho Penal.

La omisión no consiste en un comportamiento pasivo, sino en abstenerse de hacer algo que debería haberse hecho, O sea, la omisión solo puede ser fundamentada externamente según determinadas pautas sociales, religiosas, jurídicas, etc., la enfermera no omite por haberse quedado sentada o haberse ido al cine, sino por no realizar la acción debida de acuerdo con las obligaciones asumidas al ser contratada por el hospital.

Al Derecho Penal solo le interesa aquella omisión cuyo marco externo de referencia sea la norma. La acción debida será por tanto, la que concretamente exija el precepto correspondiente. En otros términos, la expectativa de la acción no realizada debe encontrar su punto de referencia en la tipicidad. Si en el Código Penal se dice que el funcionario público está obligado a auxiliar a la administración o servicio público y no lo hace, omite. Así pues, el concepto típicamente se podría formular de la siguiente manera: comportamiento consistente en un no hacer, normativamente menoscabado.

Como se dijo más arriba, solo serán omisiones aquellas conductas consistentes en un no realizar determinada prestación o en no evitar la producción del resultado cuando así lo establezca el legislador. Por eso, el fundamento del injusto de los delitos comisivos (de acción) dan lugar a la infracción de una norma prohibitiva, mientras que el injusto de un delito omisivo origina la infracción de una norma de mandato o preceptiva. El injusto de un delito comisivo consiste en un hacer nocivo que una norma prohíbe; el injusto de un delito de omisión consiste en un no realizar la prestación obligada por una norma de mandato.

En los Códigos Penales de casi todos los países, aparecen dos clases de delitos de omisión: la pura o propia y la impropia o de comisión por omisión. En los delitos de omisión propia la norma preceptiva obliga al sujeto a la realización de un determinado comportamiento, o lo que es lo mismo: la primera implica no hacer algo, que sin embargo es exigible al sujeto en cuestión, de forma voluntaria, por tal motivo, se caracteriza por ser una conducta que no lleva a cabo cambio alguno en el mundo exterior, pero que implica no realizar algo que la Ley nos ordena, mientras que en los delitos de comisión por omisión obliga a el garante a evitar la producción de un resultado típico, definido de otro modo, al implicar un no hacer que da lugar a un resultado delictivo positivo, a pesar de que existe un claro deber de impedir el resultado citado. La situación que permite deducir en cada caso el contenido del deber de actuar recibe el nombre de situación típica.

Las Clases de Omisión.

Son dos, pura o propia e impropia o comisión por omisión. A juicio de algún importante autor (Mezger) solamente la omisión pura tendría que considerarse delito de omisión, en tanto que la impropia pertenecería al ámbito de los delitos de acción. En contra de la razón a nuestro parecer, otro sector de opinión, encabezado por Welzel, entiende que ambas ostentan una problemática común que obliga a tratarles como las dos formas que puedan revestir los delitos omisivos.

1. La Omisión Propia.

Son delitos de omisión propia aquellos que están tipificados expresamente por el legislador, como la omisión de prestar socorro.

Considerándose, como diría un autor: “Delitos en lo que según la figura delictiva, la conducta prohibida consiste en la no realización de una acción exigida por la ley. A la ley, en estos casos, le interesa que se realice una determinada acción y para ello, asocia su incumplimiento a una determinada sanción: el sujeto no hace lo que la ley le ordena hacer.”²²

Puede definirse también como lo plantea Gonzalo Quintero Olivares que: “Es aquel comportamiento pasivo, expresamente tipificado, que el Derecho sanciona con una pena. Por lo tanto se trata de comportamientos descritos en tipos legales (no auxiliar, no impedir un delito, no prestar socorro, etc.). Para la verificación del comportamiento típico no es necesario que se siga resultado alguno. Sucede solamente que en los casos

²² Quirós Pérez, Renén. “Manual de Derecho Penal”, tomo I. Editorial Félix Varela. Ciencias Jurídicas. La Habana, 2002, p. 276

contemplados por el Derecho positivo, la sociedad o en su nombre, el sistema jurídico, esperaba del sujeto concreto un comportamiento positivo porque de la realización de este comportamiento dependía la protección de un bien jurídico que a su vez, ha de ser custodiado en razón a consideraciones humanitarias. “²³

2. La Omisión Impropia o Comisión por Omisión.

Un conjunto de autores de la doctrina, entre los que están Juan Bustos Ramírez²⁴, coinciden en que son delitos de omisión impropia aquellos que no están expresamente tipificados por el legislador, sino que surgen en virtud de un recurso interpretativo sobre la base de tipos (de comisión, en principio), pero que por su estructura permiten también la omisión; tal es el caso del homicidio, para el cual basta matar a otro; luego también se puede matar a través de una forma omisiva (el ejemplo clásico de la madre que no amamanta a su hijo y lo deja morir de hambre). Se trata, pues de verdaderos delitos de omisión, en comisión por omisión. El problema fundamental de esta forma de omisión, no es el de decidir si es una acción o una omisión, pues es claramente omisión, sino su relación con el principio de Legalidad, ya que se trataría de injustos que surgen desde el juez y el intérprete y no de la ley, en muchos de los casos; lo cual repercute en las exigencias típicas que se hacen a su respecto para atenerse al principio de legalidad.

Otros autores como es el caso de Gonzalo Quintero Olivares²⁵, reconocen que no es un tipo legal específico, sino una posible modalidad de comisión de algunos delitos de resultado. Claro está que no puede tratarse de cualquier delito de resultado, pues en muchos la ley ha especificado el modo de acción que por imperativo del principio de legalidad, deben concurrir o bien la naturaleza del resultado hace impensable que se pueda alcanzar por omisión (por ejemplo mutilar). Pero en algunos casos, el tipo del delito de resultado gravita esencialmente sobre la dolorosa producción de éste, sin precisar como debe acontecer (ejemplo: matar que es un concepto relativo que solo indica que de un modo u otro un ser humano ha resultado muerto). Diferente al concepto ofrecido anteriormente por una parte de la doctrina penal.

Es precisamente en estos casos en los que se plantea la eventual comisión por omisión (ejemplo: no dar la medicación al enfermo hasta que muera) que recibe tal nombre o el de omisión impropia por no consistir meramente en un comportamiento pasivo, sino en eso y además un resultado positivo, que con ese comportamiento puede relacionarse. Pero la construcción técnico- jurídica de la omisión impropia resulta mucho más difícil que la del delito de acción y resultado porque mientras que en éste la actuación positiva permite establecer, de acuerdo con las normas infringidas un nexo entre lo sucedido y el acto, en la omisión impropia siempre concurre otra causa (aquella que le autor pudo detener y no lo hizo) que ha sido la realmente determinante.

A ello se une una segunda e importante dificultad mientras que en los delitos de acción es relativamente fácil individualizar el autor pues es al fin y al cabo el que ha actuado, en los de omisión impropia no es tan fácil la imputación del resultado, pues es complejo el camino que va desde la consideración de que no ha actuado nadie hasta la decisión de

²³ Quintero Olivares, Gonzalo. “Manual de Derecho Penal, parte general”, 3ra. Edición, Editorial Aranzandi, 2002. p. 589.

²⁴ Bustos Ramírez, Juan. “Manual de Derecho Penal”, parte general. Barcelona, 1994. PPU, p. 432.

²⁵ Quintero Olivares, Gonzalo. Ob. Cit., p. 589.

afirmar que de entre los que no han actuado, que pueden ser muchos, éste o aquel es el responsable de lo sucedido.

Para que se entienda con más facilidad a partir del siguiente concepto qué es en concreto la omisión impropia: “con bastante aproximación conceptual se ha dicho que los delitos de comisión por omisión son aquellos en los cuales el sujeto, no haciendo (conducta omisiva) causa una mutación en el mundo exterior (resultado comisivo).”²⁶ O sea, mediante una conducta omisiva se produce un resultado positivo.

Y hay quienes en ocasiones han negado toda diferencia entre los delitos de comisión por omisión y los delitos de comisión; y a veces, la comisión por omisión se ha incluido dentro de los delitos omisivos, denominándose “delitos de omisión impropia”. Esa oposición entre las dos opiniones aludidas favorece la adopción de un criterio que parece ser para muchos penalistas el más lógico: el delito de comisión por omisión representa una forma independiente de la figura objetiva.

Los delitos de comisión por omisión se han clasificado en delitos de comisión por omisión por configuración legal (los expresamente regulados por la ley) y los delitos de comisión por omisión de configuración judicial (aquellos en los que el tribunal, al momento de aplicar la norma, lleva a cabo la configuración, por no existir en la ley una formulación que de modo expreso prevea el delito omisivo). En realidad, los de verdadera dificultad son los de configuración judicial, por cuanto de lo que se trata es de determinar si las figuras delictivas que se encuentran previstas en la ley como de hacer, pueden perpetrarse, y hasta qué punto, no haciendo.

Esa particular estructura de los delitos de comisión por omisión de configuración judicial ha propiciado el cuestionamiento de si la admisibilidad, sobre todo por lo que pudiera implicar la afectación del principio de legalidad. En el hecho de que se impute al sujeto un resultado capaz de cambiar el medio exterior, surgido más allá de los límites de la propia conducta corporal ha radicado el peso decisivo para su desestimación.

Frente al criterio desvalorativo de la comisión por omisión se ha alzado la opinión de quienes afirman de manera ilimitada que todos los delitos pueden ser perpetrados por una acción como por una omisión.

No obstante, una regla de elemental prudencia teórica aconseja asumir una posición más moderada. Si bien la extrema negación de los delitos de comisión por omisión fracasa ante la existencia de figuras concretas, constitutivas de verdaderas comisiones omisivas, así como ante reales e invencibles reclamos de lo justo, la opinión de amplitud desmedida no parece tampoco representar la actitud más consecuente. Por consiguiente, el asunto tiene que dilucidarse de otro modo, procurando una fórmula que salvaguardando el principio de legalidad y el sentido de la justicia, reconduzca la estructura de la comisión por omisión a un plano en que lo legal y lo justo alcancen una aceptable conciliación.

Una primera regla de interpretación limita la posibilidad de admitir la comisión de configuración judicial en los delitos en los que la ley solo prohíbe un resultado (por ejemplo: matar en el homicidio) sin especificar el comportamiento causante de ese

²⁶ Quirós Pérez, Renén. Ob.Cit. p. 284.

resultado, por lo cual la conducta es, en principio, susceptible de consistir en una acción o en una omisión. No obstante, aún esta primera regla no ha logrado total aprobación, porque se ha aducido, para rechazarla, que allí donde la ley ha descrito el hecho típico empleando un verbo de índole activa ha afirmado con ello la exigencia de que el delito en cuestión solo pueda llevarse a cabo mediante la realización de una actividad comisiva nunca de forma omisiva. Tal opinión, sin embargo, nos parece infundada, porque los verbos típicos no remiten como sustrato a una realidad puramente naturalística, sino a una realidad provista de significado social y jurídico.

Cuando en el orden social se dice que alguien ha matado a otro no se quiere afirmar con ello que haya realizado una acción positiva de la que, como consecuencia, se deriva la muerte, sino que la muerte de otro es objetivamente imputable a su conducta tanto si el autor ha producido de modo efectivo el resultado dañoso como si ha dejado que se produzca teniendo la obligación de evitarlo. Por supuesto, existen figuras que de manera inequívoca, demandan una acción positiva, no tolerando la posibilidad de una conducta omisiva: sustraer, por ejemplo, no parece consentir la ejecución omisiva; luego el hurto no puede cometerse por omisión.

La adaptación de los delitos de resultado a las particularidades de la comisión por omisión se materializa, conforme se ha visto, por la vía de la interpretación judicial. El principio de legalidad, por ello, puede experimentar cierto menoscabo, en la medida en que la figura aparece entonces solo en parte legalmente determinada.

Una vez afirmado que la comisión por omisión puede entrañar una afectación del principio de legalidad, la tesis que, por razones de justicia, estima admisible la comisión por omisión (no prevista precisamente como tal en la ley) ha procurado limitar la esfera de su aplicación, a fin de salvaguardar la imperturbable vigencia de aquel principio. Tal finalidad se ha intentado lograr por dos vías independientes: la del nexo causal (equiparando algunas omisiones a la causación activa del resultado) y la de la antijuricidad (fijando el centro de interés en el deber de actuar).

El tratamiento de la comisión por omisión acarrió un desarrollo histórico, para ofrecer soluciones concretas. Por ello, la evolución histórica de la teoría penal para lograr la solución del problema suscitado por la fundamentación de la comisión por omisión puede diseñarse en cuatro etapas, aún cuando ellas se interfieren en el tiempo.

1. La teoría del nexo causal.

El punto de partida del desarrollo se halla en el nexo causal, el cual constituye, como se ha dicho, uno de los temas desesperantes de la teoría penal. Esta cuestión surgió por el deseo de conciliar tres principios: primero, que presupuesto necesario de la responsabilidad penal por un resultado es la existencia de una relación causal entre la conducta del autor y ese resultado; segundo, que la conducta puede ser activa u omisiva; y tercero, que la omisión debe ser punible en tanto alcance cierta identidad con la estructura propia de los delitos de comisión. El propósito de armonizar estos tres principios originó inmediatamente la necesidad de hallar también, en la comisión por omisión la existencia del nexo causal, equiparando la “causación del resultado” con la “evitación del resultado”.

El delito de comisión por omisión solo podría ser judicialmente configurado, y como tal penalmente sancionado, cuando el resultado ocurrido apareciera como consecuencia causal de la omisión (no impedir ese resultado).

Los inconvenientes han radicado en el hecho de que en los casos aludidos se imputa al sujeto un resultado externo que traspasa los límites de su actuación corporal y culminan en la pregunta siguiente: ¿Cómo es posible que un simple omitir cause dicho resultado? ¿Cómo puede surgir un “algo” (el resultado material) de la “nada” (la omisión)? Todas las respuestas se dirigieron a un objetivo común, el de transformar en “algo” la supuesta “nada” de la omisión siguiendo tres vías: la teoría de la acción contemporánea (la causa del resultado en el delito de comisión por omisión era la acción positiva que realiza el sujeto mientras omite la acción positiva que debió haber realizado); la teoría de la acción precedente (la causa en estos delitos es la acción in inmediatamente anterior a la omisión); y la teoría de la interferencia (el omitente ha dominado el impulso de actuar, produciéndose, como contracorriente, un fenómeno de interferencia entre la fuerza que impulsa a obrar y el despliegue real de ella). Sin embargo, estas tres teorías han sido acertadamente refutadas.

La imposibilidad de alcanzar por estas vías la deseada fundamentación del nexo causal en los delitos de comisión por omisión, recondujo la solución del problema de la causalidad por dos direcciones diversas.

De una parte, bajo la influencia de las corrientes positivistas que dominaron en la teoría penal de la mitad del siglo XIX, comenzó a entenderse el nexo causal en sentido causal-mecanicista. Para que un resultado pudiera ser imputado a un hombre se precisaba ante todo que este fuera causa física de aquel. Concebido el nexo causal de tal manera, tenía que concluirse que la omisión era acausal. Por consiguiente, quedaba justificada la necesidad de fundamentar la penalidad de la comisión por omisión por medio de otro argumento ajeno al nexo causal: la vía seleccionada fue la de la antijuricidad.

De otra parte, se buscó la explicación del nexo causal acudiéndose al campo de las relaciones jurídicas: se apeló entonces a una concepción normativa. La causalidad en la omisión no es más. Según esto, que una creación de la ley: el término “causa” en los delitos de comisión por omisión, significa solo una relación de causalidad jurídica. No obstante, esta tesis normativa, que hasta cierto punto coincide con la causal-mecanicista, ha resultado también inconsciente. Si el Derecho crea primero, sobre una pura abstracción un vínculo entre dos fenómenos, y después valora esa relación así creada y que no tiene existencia fuera del Derecho, del mundo jurídico, el Derecho no hace más que valorarse a sí mismo, mediante un falso proceso, en el que nada existe en realidad. Un planteamiento de tal índole determina solo que el Derecho Penal pierda todo contacto con la vida, tolerando incluso la responsabilidad por un resultado con el cual, fuera del Derecho, no la vincula ningún nexo.

2. La teoría formal: el deber jurídico.

La segunda etapa en el desarrollo histórico de la solución del problema fundamental de la comisión por omisión, se halla en la obra de Feuerbach y en el pensamiento político imperante en su época. El nexo causal fue descartado o, por lo menos, pasó a un segundo plano: la comisión por omisión fue fundamentada entonces en la esfera de la antijuricidad, o sea, en el terreno del “deber”. Se entendió que el delito de comisión por

omisión, conforme a esta nueva concepción, después llamada “formalista” o “formal”, presupone siempre una base jurídica, mediante la cual se fundamenta el deber de actuar; sin esa base jurídica no puede llegarse a la penalización por un delito de comisión por omisión. El propósito de esta teoría fue el de restringir el ámbito de ese deber de evitar el resultado, con la reconocida finalidad de eludir los peligros de una excesiva extensión y ante la falta de un precepto legal que, de modo general, previera los requisitos de la comisión por omisión.

De estas ideas se derivó una ulterior reducción del campo de validez de la comisión por omisión, en beneficio siempre de la mayor vigencia del principio de legalidad: la teoría formal se fundó en el criterio de que los deberes para evitar el resultado tenían que ser “deberes jurídicos”, desechando, por insuficientes los meros deberes morales.

Si embargo, los propios objetivos que se procuraban satisfacer por medio de la teoría formal se convirtieron en un serio obstáculo que paulatinamente fue salvándose, pero a costa de concesiones teóricas que hasta cierto punto hacían dudosa la conservación de su propósito original. De una parte, sus fuentes jurídicas iniciales (la ley y el contrato) se fueron ampliando dándosele cabida a hecho precedente a la aceptación voluntaria, a control de ciertas fuentes de peligro, etc. De otra parte, se llevaron a cabo determinadas exclusiones dentro de las propias fuentes formales fundamentadas del deber jurídico de evitar el resultado y se argumentó acerca de la posibilidad de contrariar el sentido de la justicia con una aplicación estricta de esas fuentes formales.

3. La teoría del deber de garante.

Todas las circunstancias mencionadas contribuyeron a favorecer el cambio teórico en torno a la fundamentación de la comisión por omisión. El nuevo punto de vista para la equiparación de la causación del resultado y la omisión de la acción que lo hubiera evitado, fue el principio de la “posición de garante” por la no producción del resultado, el cual se basaba en la estrecha relación del omitente con el bien jurídico. El deber de evitar el resultado solo correspondía a quien tuviera que “garantizar” su evitación (de esto se ha derivado su denominación). La posición de garante constituyó el fundamento del deber cuya infracción determina la equiparación entre el comportamiento típico activo y la no evitación del resultado. Con esto se daban acceso a la posición de garante, a los deberes éticos sociales y se perdía la seguridad jurídica que proporcionaban las iniciales fuentes formales.

Si bien esta nueva concepción, en su versión original se inspiró en un siempre deseable sentido de la justicia, su principal inconveniente ha sido el de la afectación decisiva del principio de legalidad, por lo menos cuando es aplicable con independencia de todo criterio jurídico.

4. La teoría funcional de la posición de garante.

Una fase ulterior en el curso histórico de la comisión por omisión está ocupada por la teoría funcional de las posiciones de garante, que ha procurado explicar materialmente los fundamentos de la posición de garante. La infracción de un mandato para la defensa

de lesiones o peligros de un bien jurídico es constitutiva de los delitos de comisión por omisión; pero no toda la lesión de tal mandato realiza el tipo de estos delitos, sino únicamente la infracción de un garante.

La posición de garante, con arreglo a la teoría funcional, se determina conforme a las dos funciones (de ahí su denominación) que incumben al garante (a omitente) y cuya infracción origina la responsabilidad penal a título de comisión por omisión: la función de vigilancia. Según la función protectora del omitente, este debe proteger o defender el bien jurídico contra todos los ataques que pudiera sufrir cualquiera que sea e origen de ellos; y según la función de vigilancia del omitente, este debe vigilar toda fuente de peligro que puesta a su cuidado y custodia, pueda lesionar o amenazar cualquier bien jurídico ajeno.

Si bien durante casi tres décadas esta concepción funcional de la posición de garante alcanzó bastante predominio en la teoría penal y en la práctica judicial de algunos países, sus propios defensores han reconocido que nuevos aportes a la teoría penal han socavado de modo intenso su estabilidad.

Nosotros, por supuesto, consideramos la teoría funcional del deber de garante como la más ejemplificante para demostrar dichas soluciones en toda la historicidad de la comisión por omisión. Sin dejar de significar las primeras teorías, las cuales en su conjunto, dieron paso directa o indirectamente al desarrollo de una tras otra, hasta llegar al perfeccionamiento de los antes mencionados supuestos.

La Posición de Garante. Sus fuentes y funciones.

Se señala como el único aspecto diferencial entre los delitos de omisión propia e impropia y corresponde a la situación típica. El delito de omisión es siempre un delito especial propio, o sea, el injusto depende de un deber jurídico específico del sujeto con el bien jurídico, es la llamada posición de garante (por ejemplo, el socorrista de la piscina o un playa, de la madre respecto a su niño) luego, desde el punto de vista subjetivo, para que haya dolo, es necesario tener conciencia de esa posición de garante.

El autor de un delito de omisión impropia solo puede serlo el titular de un deber de responder que se evite el resultado (deber de garante), la determinación del garante es una de las tareas más difíciles de la Parte General, dado que la propia ley es indeterminada, la determinación segura del deber de garante en el sistema de imputación resulta indispensable para la delimitación del fundamento y los límites de la misma, además, el autor de un delito de omisión impropia puede serlo quien tenga el deber de intervenir. Este deber, según la doctrina penal contemporánea, tiene que ser un deber jurídico. Esta expresión debe ser comprendida en sentido amplio. De acuerdo con los criterios tradicionales, deberían comprenderse los deberes derivados de la ley, los establecidos en un contrato o los producidos por la injerencia del agente que crea una situación peligrosa. De manera más adecuada y práctica, la doctrina prefiere hablar actualmente de dos tipos de deber de garante:

- Primero, el deber de proteger bienes jurídicos expuestos a peligros indeterminados (por ejemplo, deberes que derivan de las normas que regulan las obligaciones de los padres en relación con los hijos, de marido y mujer entre sí,

- del profesor de natación respecto de sus alumnos, del médico con relación a sus pacientes) ;
- Segundo, el deber de vigilar ciertas fuentes de peligro que amenazan bienes jurídicos de manera indeterminada (por ejemplo, la responsabilidad del poseedor de un vehículo motorizado).

Como la ley requiere un deber de responder de carácter jurídico, la fuente debe proporcionar deberes jurídicos y no solo morales. Y como además se trata de delitos de omisión semejantes a la comisión, el deber jurídico de obrar en los delitos de omisión impropia, tiene que ser la importancia del deber jurídico de omitir en los delitos de comisión.

La doctrina mayoritaria requiere la posición de garante como elemento fundamentador de la comisión por omisión. La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, un deber jurídico específico de evitación del resultado, de tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (ingerencia).

Como posiciones de garante que tienen su fuente en la ley se reconocen sobre todo las que emanan de la estrecha relación familiar. Por ejemplo, de preceptos como los artículos 68, 154.1 y 155 del Código Civil español, deduce la opinión dominante, la existencia de una posición y deber de garante para los padres, hijos y cónyuges en relación con la vida de sus correspondientes y por tanto, el deber de impedir la muerte o lesiones corporales del familiar. Esta opinión se refuerza, además, con el argumento de la existencia del tipo agravado del denominado parricidio y del carácter agravante de la circunstancia de parentesco en los delitos contra las personas, de su Código Penal, cuyo fundamento radicaría en que el atentado de un pariente a otro supondría, además de la lesión del bien jurídico, una infracción de aquellos deberes específicos determinantes de una mayor gravedad de lo injusto. Como posiciones emanadas de la ley se mencionan también las que derivan de la regulación legal de determinadas profesiones, como la del médico con respecto a la vida de sus pacientes, o la del funcionario, con especial referencia a la del funcionario de prisiones con respecto a la vida de los reclusos.

La aceptación voluntaria y contractual de un deber de actuar determina para la doctrina dominante el surgimiento de una posición de garante. En la jurisprudencia española se atribuye esta categoría de posición de garante, por ejemplo, al encargado de línea eléctrica o a los directores de obras como arquitectos. En la doctrina se mencionan como ejemplos típicos de posición de garante por asunción contractual al socorrista de la playa o de la piscina o al sujeto que se ha obligado contractualmente a vigilar la ejecución de unas obras.

En general, respecto de la posición de garante, se clasifican sus fuentes desde un punto de vista formal o material. La formal distingue fundamentalmente entre posiciones de garante de origen legal (el cuidado de los padres respecto a los hijos), contractuales (caso del socorrista contratado para vigilar en una piscina o playa) y el hacer precedente o ingerencia (“el deber de garante puede hacer de un actor precedente peligroso: el que

crea un peligro para bienes jurídicos ajenos”²⁷) Pero esta clasificación puramente formal es inservible, ya que no dice nada sobre la legitimidad material de la fuente y de sus límites.

No existe acuerdo en la doctrina sobre los criterios para clasificar las fuentes del deber de garante.²⁸ Para el presente estudio, hemos tomado como modelo en la extensa división de las fuentes de la posición de garante la ofrecida por dos de los teóricos del Derecho Penal, me refiero a Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf:²⁹.

1. La fundamentación de la posición de garante en la ley.

En cuanto fuente más destacada y según Feuerbach la fuente central por autonomasia, de posiciones de garante cabe mencionar igual que antes, la ley. Ésta puede poner a personas determinadas en posiciones de protección o solo con el fin de vigilar determinadas fuentes de peligro o bien para ambas. Cabe tener en cuenta que la mera titularidad de posiciones jurídicas protegidas, como por ejemplo, la propiedad o el derecho a la intimidad del hogar, no son suficientes para fundar una obligación de vigilancia o de protección, ello solo sucede ante la concurrencia complementaria de circunstancias adicionales.

a) Las disposiciones acerca de la comunidad conyugal de vida imponen sobre el cónyuge respectivo la protección de los bienes jurídicos del otro, así por ejemplo, en

²⁷ Zugaldía. Pág. 575. Citado por Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. Lecciones de Derecho Penal, parte general. Editorial Praxis, S.A, 2da. Edición, Barcelona, 1999, p. 765.

²⁸ En este sentido, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre decide dividir las fuentes legales que se subdividen a su vez en específica obligación contractual de evitar el resultado, o sea, el vigilante nocturno, por ejemplo, que ha suscrito un contrato con la empresa comprometiéndose por precio a cuidar de sus pertenencias; por la injerencia o el actuar precedente del omitente que haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido, por ejemplo, el conductor de un camión que transporta piedras debe controlar su carga y es garante de los accidentes que pueden ocurrir por la caída de ellas a la vía pública; y por último, por específica obligación legal, por ejemplo, los padres ostentan posición de garante respecto a sus hijos como consecuencia de los deberes derivados de la Patria Potestad que impone el Código de Familia en algunos casos o el Código Civil, en otros. Por otra parte, Juan Bustos Ramírez, encuentra su clasificación o división material, como la denomina éste de la siguiente forma: primero, por la posición de garante sobre la base de la defensa de determinados bienes jurídicos, o sea, aquí se supone que hay cierta persona que no está en posición, en general, o en esa situación concreta, de proteger sus bienes jurídicos y que hay otra que tiene una relación de defensa con respecto a aquella; segundo, está el deber de garante en razón de relaciones familiares de cuidado, que está referido a los deberes de los padres a los hijos y de éstos con sus padres ancianos, también, se extiende a los abuelos e hijos ilegítimos, tomando en consideración además, los deberes de cuidado entre cónyuge y entre hermanos; en tercer lugar encontramos el deber de garante en razón de posición del órgano representativo, aquí se trata de considerar la situación de las personas jurídicas, que solo pueden actuar (tanto las de Derecho Público como Privado) mediante sus órganos, con lo cual surgen respecto de éstos determinados deberes en relación a los bienes jurídicos e intereses de dichas personas jurídicas, en este caso la problemática a discutir surge de la legitimidad del órgano y sus funciones, y por tanto, de la extensión que tienen sus deberes; finalmente, aparece el deber de garante en razón de estrechas relaciones de comunidad y explica además, que se aceptan generalmente dos casos, el de la comunidad de peligro (grupo de excursionistas) y la comunidad de hogar o habitacional (personas que conviven bajo un mismo techo común). Esta última, es la más discutida en sí, por la dificultad de marcar sus límites y de tener criterios tanto para la delimitación misma del deber cuanto en relación a los bienes comprendidos, además, no habría razón para no ampliarla inmensamente, (ejemplo, los que viajan en un autobús a lo largo de un país, o los que van en un avión de un país o región a otra u otro, a los que trabajan conjuntamente en una sección).

²⁹ Heinz Gössel, Karl y Heinz Zipf. Derecho Penal, parte general, tomo II: Formas de aparición del delito las consecuencias jurídicas del hecho. Traducción de la 7ma. Edición alemana por Jorge Bofill. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, páginas 254-279.

relación con la integridad corporal y la vida, pero también con valores materiales respecto a la obligación de cuidados de valores patrimoniales.

b) Ciertas disposiciones legales acerca de la obligación de seguridad en el tránsito obligan a la vigilancia de fuentes de peligro (parte de la doctrina ve aquí una causal autónoma de surgimiento, denominada de dominio material). Así por ejemplo, la persona o entidad obligada a la construcción de carreteras, es garante respecto a todos aquellos bienes jurídicos que puedan resultar dañados como consecuencia de insuficientes condiciones de seguridad en tales carreteras; del mismo modo quien circula en el tránsito público es garante de los bienes jurídicos de los demás transeútes, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes en cada uno de los Estados.

c) Del mismo modo, disposiciones legales pueden colocar a una persona en posiciones de protección y vigilante.

2. Fundamentación por libre acepción.

Antiguamente era frecuente describir estos casos como la asunción contractual. Empero, una vinculación semejante del derecho penal a las reglas del derecho civil no ha logrado imponerse, puesto que la dependencia de la obligación de evitación del resultado de los presupuestos contractuales civiles conduce a consecuencias imprevisibles; así ante los casos de nulidad, anulabilidad, terminación del contrato, en los casos de posiciones de garantes efectivamente asumidas o continuadas, como asimismo en aquellos en los cuales el contrato es válido desde un punto de vista de derecho civil, no obstante lo cual el obligado aún no ha asumido la posición de garante. Por ello, en lo sucesivo, la aceptación efectiva de un círculo especial de obligaciones vinculado a la evitación del resultado será considerada como el criterio determinante, con lo cual se da la posibilidad de eliminar aquellas cuestiones civiles no esenciales para el derecho penal. Este punto de vista permite asimismo incluir los casos de relaciones de confianza especial, sin considerar que ellas se retrotraigan a un fundamento contractual o meramente fáctico: “las obligaciones de derecho privado y las obligaciones de derecho público van junto a la otra”.³⁰

a) Sobre la base de la libre aceptación se fundan, la mayoría de las veces, posiciones de protección en beneficio de determinados bienes jurídicos frente a potenciales agresiones, como en los casos de contratos civiles de servicios de seguridad con el fin de protección de determinadas personas o de objetos de valor.

Cabe mencionar además la asunción contractual de la obligación de cuidado frente a enfermos o niños, frente al trabajador, contratos de servicios cuya ejecución pueden representar la fundamentación o incrementación de un peligro, tal como la aceptación de una labor de guía en la montaña, o bien en la enseñanza de la natación o la conducción, la asunción del tratamiento por el médico, etc. La necesaria estratificación jurídico-penal de los presupuestos jurídico-civiles siempre tiene sus efectos, en estos casos y la función de la obligación debe haber conducido a una fundamentación o

³⁰ Nagler, 7ª.edición. LK, 39. Citado por Heinz Gössel, Karl y Heinz Zipf. Derecho Penal, parte general, tomo II: Formas de aparición del delito las consecuencias jurídicas del hecho. Traducción de la 7ma. Edición alemana por Jorge Bofill. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, p. BUSCAR.

incrementación efectiva del peligro. Por ejemplo, no habrá responsabilidad del guía en el caso de un accidente de un turista, cuando éste, y en contra del consejo de aquel, ha seguido un camino montañoso peligroso y sin compañía.

b) También la vigilancia de fuentes de peligros es frecuentemente asumida en forma voluntaria, con la consecuencia de que quien la asume se transforma en garante de todos los bienes jurídicos que pueden resultar lesionados por la fuente de peligro.

Cabe mencionar aquí por ejemplo, la asunción contractual del deber de vigilancia del tránsito en lo tocante al cuidado invernal de carreteras o de determinadas instalaciones (ascensores, procesos productivos, etc).

3. Fundamentación en comunidades de vida y de peligro.

En correspondencia con su carácter suprapositivo, este fundamento jurídico se impuso en forma relativamente tardía, sin embargo, con posterioridad atrajo en forma creciente a la doctrina y la judicatura, sustrayendo en gran medida la base de la muy criticada Fundamentación del deber por medio de la ley. La teoría, desarrollada por la jurisprudencia y básicamente compartida por la doctrina, apunta en tal dirección: allí donde existan estrechas comunidades de vida o donde surjan, aun en forma pasajera, comunidades de peligro, todos los pertenecientes a tales comunidades se encuentran obligados-en el marco de relación de confianza recíproca y existente- a la evitación de lesiones imputables de bienes jurídicos por parte de los demás.

a) Así como en el matrimonio, en virtud de la ley, también cualquier otra estrecha comunidad de vida dentro o fuera de una morada común puede llegar a fundar una posición de garante con el fin de proteger los bienes jurídicos de la respectiva pareja.

Así por ejemplo, existe una posición de garante fundante del deber de protección, respecto de una comunidad familiar (familia en sentido amplio) que habita un hogar común, incluidas eventualmente personas del servicio doméstico, no pertenecientes a la familia.

Pero también fuera de comunidades familiares es posible que la acogida en el hogar pueda dar lugar a una posición de garante del dueño de casa respecto de los bienes jurídicos de los huéspedes, en la medida en que se trate de lesiones que estén dentro del ámbito de su dominio y que concurren circunstancias fundantes del deber de vigilancia o de protección. Ello rige con mayor razón en los casos de comunidades de vida similares al matrimonio (una comunidad de vida entre los novios o entre homosexuales).

En todo caso, la posición de garante solo puede ser fundada cuando exista una base de confianza suficiente. Así por ejemplo, los respectivos huéspedes solo pueden confiar en que durante su permanencia en el hogar del anfitrión no se encuentran amenazados por peligros graves.

El garante, además, cumple determinadas funciones protectoras necesarias para salvaguardar la integridad de un bien jurídico incluido en su esfera de competencia, por ello, en la doctrina penal contemporánea que tiene en su estudio el presente tema aparecen no solo clases de fuentes en relación a la posición de garante sin también se

conceptualizan funciones que dimanen de la propia posición de garante, teniendo en cuenta que determinadas personas están obligadas a velar por la integridad de un bien jurídico debido a que el mismo se encuentra dentro de su ámbito de dominio ellos han adquirido el compromiso de evitar que pueda ser puesto en peligro o incluso lesionado. Si debido a su conducta, contraria a derecho, tal resultado se produce, responderán como garantes de un delito en comisión por omisión.

- DEBERES DE GARANTE DEDUCIDOS DE UNA ESTRECHA RELACIÓN VITAL.

Se trata de aquellos compromisos deducidos de la convivencia familiar o simplemente de la convivencia de hecho. Los padres son garantes de la vida, de la salud, de la libertad de sus hijos; los cónyuges o los miembros de la pareja de facto son asimismo y en los mismos términos garantes uno del otro, etc.

Sin embargo, es oportuno señalar que no toda la comunidad de vida genera automáticamente posición de garante. El juez, para decidir sobre la posición de garante del omitente, debe comprobar dos extremos: la relación de dependencia y el contenido real de esa comunidad de vida existentes entre el omitente y el allegado en el momento de la omisión.

- DEBERES QUE DIMANAN DE LA REGULACIÓN LEGAL DE DETERMINADAS PROFESIONES.

Así sucede en aquellas profesiones que incorporan a su actividad el deber formal de protección de determinados bienes jurídicos. Son, por ejemplo, garantes el médico respecto a la vida y salud de sus pacientes, lo mismo el funcionario de prisiones en relación con los reclusos a él confiados. El empresario por las instalaciones destinadas a proporcionar seguridad e higiene a sus trabajadores según lo preceptuado en la ley de seguridad e higiene del trabajo, etc.

- DEBERES DE GARANTE DEDUCIDOS DE LA ASUNCIÓN VOLUNTARIA DE ESPECÍFICAS FUNCIONES PROTECTORAS.

Dentro de este grupo de supuestos se incluyen, no solo los compromisos por vía contractual, sino también los aceptados expresamente o tácitamente de forma voluntaria, lo importante sigue siendo también que la aceptación voluntaria de protección coloque al bien jurídico en una clara situación de dependencia respecto al omitente. Si un grupo de personas acuden a auxiliar al accidentado y una de ellas manifiesta intención de transuerte es el accidentado mueve a causa de la desatención, el omitente responderá de un homicidio doloso en comisión por omisión (en concurso con una omisión agravada de socorro). Tampoco la asunción contractual del compromiso convierte de manera irremediable en garante al omitente. Por ejemplo, aunque el contrato de trabajo suscrito entre la empleada doméstica y los padres sea nulo, aquella responderá como garante de la vida que de hecho se le ha confiado.

- DEBER DE VIGILANCIA DE UNA FUENTE DE PELIGRO.

La posición de garante también puede aparecer cuando la indemnidad de bien jurídico depende del control personal de determinadas fuentes de peligro y existentes, el

propietario del animal, vehículo o arma de fuego respecto a su vigilancia, conducción o uso, o generadas por alguna acción u omisión precedente contraria a derecho, los que acampan en el bosque respecto a las consecuencias que puedan derivarse de la no extinción del fuego que imprudentemente se hizo.

En todos estos casos, el sujeto queda en posición de garante y en consecuencia, obligado a evitar la producción de un resultado típico. Por ejemplo, el propietario que deja a su perro guardián sin atar y muerde a una persona responde por un delito de lesiones imprudentes en comisión por omisión.

Como ya hemos analizado, coincidimos en que la omisión consiste en no realizar la prestación que le viene obligada a un determinado sujeto mediante una norma legal. La omisión ha sido tratada doctrinalmente después de la acción y son muchos hoy los conceptos y consideraciones ofrecidas por penalistas de la doctrina del Derecho Penal contemporáneo, enriquecidas también por la posición de la jurisprudencia, y además coincidimos que también es otro comportamiento de la conducta humana, lo mismo que la acción.

En el caso particular de sus clases, teníamos que en relación a la omisión propia no existían mayores consideraciones en cuanto a su concepto, pues al igual que los delitos de acción, los delitos cometidos por omisión propia estaban tipificados en la ley, y por supuesto, como eran típicos y antijurídicos, también el Derecho los sancionaba con una pena. Y en sentido general, la omisión propia es un comportamiento concreto que se esperaba de un sujeto determinado, pues de su acontecimiento estaba pendiente la protección de un bien jurídico. Sin embargo, la omisión impropia o la comisión por omisión, trae aparejado una serie de explicaciones en cuanto a sí es parte de la acción o de la omisión, o si constituye una figura independiente, y a su relación con el principio de Legalidad que instituye el Derecho Penal. Existen autores que consideran su estudio dentro de los delitos comisivos, pero la mayoría de los penalistas antiguos y modernos hacen sus valoraciones a partir de la tesis de los cometidos por omisión, y justo ahí lo insertan, como otra forma de las formas de omisión. Pero no podemos descartar el razonamiento de que también, aunque por un sector de la doctrina mucho menor, se comience a tratar como una institución independiente en el Derecho Penal y una nueva forma de la conducta. A nuestro modo, pensamos que claramente la encontramos dentro de los delitos por omisión, pues ciertamente, es mediante una conducta omisiva que se produce un resultado determinado, señalando que consecuentemente se ocasiona un resultado positivo. Por ejemplo, tengo el deber de socorrer a un individuo que se está ahogando y sencillamente no lo cumplo, producto de mi omisión de socorro dicho individuo muere ahogado. Como vemos, positivamente ocasioné un resultado, y el acto omisivo fue el origen. Mas, creemos que la Ciencia Penal es muy rica pues rica también es la práctica que da origen al reconocimiento legal de los tipos penales, y que en algún momento tal vez, esa posición de ver la comisión por omisión de manera autónoma deje perplejo a muchos y a otros les señale un nuevo camino de estudio dentro de la doctrina del Derecho Penal.

Acerca de si es acción, pensamos que aunque la acción siempre fue la primera y todavía por la menor opinión en la teoría penal, única forma de manifestarse la conducta humana, no indique camino dentro de ella donde ubiquemos la omisión impropia, muy cierto es que se produce un resultado como regla general, tanto como en la comisión, pero este no el elemento único para que nos haga plantear que la comisión por omisión

es parte de la acción. Incluso, de esta posición se habla y se ha escrito muy poco dentro de la doctrina penal. Además, tenemos que reconocer que existen delitos que se producen tanto por acción como por omisión, como es el caso del homicidio, lo cual ejemplificamos más arriba.

Respecto al principio de legalidad, no creemos que la omisión impropia menoscabe el mismo, es cierto que esta forma de la omisión se materializa generalmente por la vía de la interpretación judicial, pero no descartamos la posibilidad que en Códigos Penales existan reglas de interpretación para los casos de comisión por omisión, o que en el cuerpo de algunos de ellos aparezcan ya delitos encuadrados dentro de dicha forma del actuar humano, como en el caso de España, donde el artículo 11 de su Código Penal proclama: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

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

Este es un ejemplo de la regla de interpretación, y otro que constituiría delitos de comisión por omisión legalmente tipificados aparecen en la ley sustantiva penal cubana, concretamente en el Título V, de los delitos que atentan contra la Economía Nacional, artículos como el 220, 221, 222, 223, entre otros. En todos existe una obligación legal y mediante su incumplimiento se derivan resultados de daños precisamente.

Muchas veces se adapta la comisión a la comisión por omisión a partir de la interpretación judicial como decíamos anteriormente, pues como muchos plantean, estos tipos omisivos aparecen parcialmente descritos. Estamos seguros que nunca la omisión impropia atentará contra la legalidad, toda vez que en la fuente donde nace la impartición de justicia o apliquen la ley y la adecuación de la pena con su respectiva clasificación, existan criterios basados en el sentido de la justicia, la legalidad, guiados por la conciencia jurídica en toda su magnitud. Creemos que con esta fórmula dicho principio del Derecho Penal y la forma impropia de la omisión, podrán sin cuestionamiento alguno, darse las manos.

Finalmente, dentro de la comisión por omisión encontramos la figura del garante, planteándose que es éste el único aspecto que diferencia la omisión propia de la impropia. Pues es el garante, un sujeto que tiene un deber muy especial y muchas de las veces, contemplado legalmente, por eso es deber jurídico, de protección de un determinado bien jurídico al cual ampara las legislaciones penales. El garante consideramos que es el titular de ese deber jurídico, mediante el cual se puede evitar con su actuar que un determinado resultado no se realice. Planteándose que determinar la posición de garante, es una tarea de gran envergadura dentro de la Ciencia Penal contemporánea.

Dicha posición trae consigo clasificaciones de sus fuentes tal y como vimos, las que no se contraponen una tras otras, sino que sirven para ampliar nuestro estudio y esta rica ciencia que es en definitiva, el Derecho Penal. Y en sentido general, todas las que

tuvimos en cuenta tienen en común la posición de garante desde un punto de vista contractual, legal y de comunidades de vida o de peligro.

Apuntes para el final

Tanto la acción como la omisión constituyen modalidades del actuar de un sujeto siempre que estén dirigidas a un fin determinado y dominada por la voluntad dirigente, siendo distinguidas en el ámbito jurídico-penal por su relación con el perjuicio del bien jurídico (la comisión daña al bien jurídico mediante una actividad corporal perceptible en el mundo exterior y la omisión a través de una inactividad corporal) siendo necesario agregar en el caso de esta última la particularidad de que dicha manifestación conductual tiene que ser parte del sistema normativo, el que calificará como tal a aquellos comportamientos que impliquen la no realización de acciones que el sistema espera sean llevadas a cabo.

La selección de las conductas humanas que formarán parte de los delitos omisivos deberá valorar el cumplimiento de la función protectora del Derecho Penal , su carácter subsidiario y el cumplimiento del principio de Necesidad, por lo tanto si el bien jurídico que se ha decidido proteger puede ser custodiado a través de otra norma menos gravosa y que el actuar omisivo que podría lastimarlo no representa una verdadera expectativa social, su tipificación resulta inadecuada.

La excesiva proliferación de novedosos bienes jurídicos, el desarrollo acelerado de la sociedad, la inutilidad o escasa eficacia de otras ramas del Derecho no puede conducirnos a lo advertido hace un tiempo por Elena Larrauri, a un “archipiélago carcelario” visto ahora como un “archipiélago de penalidades”, sino al equilibrio de la balanza y con ella de los principio de justicia, equidad y legalidad, en este sentido los delitos omisivos, bien propios como impropios requieren de los estudiosos de la ciencia penal una mirada más aguda, que les permita continuar con Ulises buscando el Final.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

LIBROS.

1. Bacigalupo Zapater, Enrique y López-Barja de Quiroga, José: “Contestaciones al Programa de Derecho Penal, parte general para acceso a las carreras judicial y fiscal.” Tomo I, 2da. Edición. Valencia, 2002.
2. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio: “Lecciones de Derecho Penal, parte - general.” Editorial Praxis, S.A, 2da. Edición. Barcelona, 1999.
3. Bustos Ramírez, Juan: “Manual de Derecho Penal, parte general.” Páginas 405-416. P.P.U. Barcelona, 1994.
4. Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S.: “Derecho Penal, parte general.” Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998.
5. Colectivo de Autores: “Derecho Penal, parte especial”. Tomos I y II. Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
6. Grillo Longoria, José Antonio: “Sanciones y medidas de seguridad.” Universidad de la Habana. Facultad de Derecho. La Habana, 1998.
7. Heinz Gössel, Kart y Heinz Zipf: “Derecho Penal, parte general.” Tomo II: “Formas de aparición de delito y las consecuencias jurídicas del hecho.” Páginas 254-279. Traducción de la 7ma. Edición alemana por Jorge Bofill Genzsch. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos aires 1995.
8. Jakobs, Günter: “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación.” Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Contreras de Murillo. Universidad de Extremadura. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas. S.A Madrid. 1995
9. Jakobs, Günther: “Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.” 2da edición corregida, Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A. Madrid, 1997.
10. Jeshieck, Hans-Heinrich y Weigend, Tomas: “Tratado de Derecho Penal, parte general.” Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ta. Edición corregida y ampliada. Editorial Comares, Diciembre de 2002.
11. Jescheck, J: “Tratado de Derecho Penal, parte general.” 4ta. Edición, Granada, 1993.
12. Luzón Peña, Diego Manuel: “Curso de Derecho Penal. Parte General I. El “*ius puniendi*” (la potestad punitiva). Editorial Universitas S.A. Año 1996.
13. Mazorra Yllas, Alexis: “La Adecuación de la sanción.” Tesis en opción al título académico de especialista e Derecho Penal. Santiago de Cuba, 2003.
14. Muñoz Conde, F y García Arán, M: “Derecho Penal. Parte General.” 3ra Edición. Tirant lo blanch. Valencia. 1998
15. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: “Derecho Penal parte general.” 5ta edición, páginas 237-251. Valencia, 2002.
16. Quintero Olivares, Gonzalo: “Manual de Derecho Penal, parte general.” Colaboración Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canet. Editorial Aranzadi, 3ra edición. Madrid, 2002.
17. Quiróz Pérez, Renén: “Manual de Derecho Penal.” Tomos I y II. Ciencias Jurídicas. Editorial Félix Varela. La Habana, 2002.

18. Rodríguez Devesa, José María: "Derecho Penal Español, parte general." 13. Edición. Revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Ediciones Dykinson, 1990.
19. Roxin, Claus: "Derecho Penal, parte general." Tomo I: Fundamentos de la estructura del delito. Editorial Civitas, S.A, 1997.

MATERIAL DESDE INTERNET.

1. De la Cuesta Aguado, Paz M. "Tipicidad e imputación objetiva." 2da.edición, Editorial Jurídica de Cuyo, Mendoza. <http://www.elprisma.com/apuntes.asp?page=17.categoria=402>.
2. Bellati, Carlos Alberto. "El delito de omisión." Junio, 2000. http://www.noticiasjuridicas.com/areas_virtual/articulos/70-derecho%20internacional/200006-omisionarg.htm-19k.
3. Lareda Beldarrain, Javier. "Introducción al Derecho Penal." Madrid. 2004. http://www.luiss.it/erasmuslaw/spagna/spagna_penal.htm#up.
4. Morales Oropeza, Patricia. "Teoría del delito." Lucas Morea, Sinexi, S.A., 1997,México. http://www.members.fortune.city.es/robertexto/archivo12/teoria_delito.htm-40k.
5. Muñoz, Javier. "La omisión del deber de socorro." Madrid, España. <http://www.abogado.com/esp/guialegal.cfm?!DCAPITULO=12100000-16k>.
6. Terragni, Marco Antonio. "Omisión impropia y posición de garante." Universidad Nacional del litoral de Santa Fe, Argentina. <http://www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/libros/oi&pg.htm-56k>.

REVISTAS.

1. Revista de Derecho Penal y Criminología. Del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Externado de Colombia. No. 67 de Diciembre-Enero de 1998.
2. Revista Jurídica No. 10 de Enero-Marzo de 1986. MINJUS. La Habana.

LEGISLACIONES.

1. Código Penal de Cuba (actualizado). Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987.
2. Código Penal de España. Ley Orgánica No. 10 de 23 de noviembre de 1995. Segunda edición, puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig y Esteban Mestre Delgado.