

# ***PROBLEMAS PARTICULARES DE LA IMPUTACIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS OMISIVOS.***

Maximiliano Rusconi.

## ***1. El punto de partida.***

La imputación penal desarrollada alrededor del incumplimiento de un deber de actuar, siempre ha sido fuente de enorme cantidad de problemas. Desde los casos límite entre la imputación de acción y la imputación de omisión –una frontera a veces no visible-, pasando por las no siempre claras fuentes de la posición de garantía, hasta la posibilidad de que en el ámbito de los delitos comisivos, pueda incluirse, dentro de la materia de prohibición, también el no evitar que el resultado se produzca, han configurado la sensación de que no todo está resuelto en el sistema de imputación de las estructuras omisivas y, también, que no está claro si en algún momento esos problemas tendrán una solución estable y que cuente con una admisible dosis de consenso científico.

Sin embargo, desde el punto de vista político –criminal parece que nadie está verdaderamente dispuesto a abandonar la posibilidad, desde el sistema normativo del derecho penal, de establecer deberes de comportamiento activos en ciertas ocasiones. Pareciera, teniendo en cuenta los modelos sociales vigentes, que no alcanza con establecer normas imperativas de prohibición, para garantizar una red de relaciones intersubjetivas razonables. En ciertas ocasiones necesitamos establecer mandatos de conductas valiosas y no solo impedir las disvaliosas. Hasta aquí llega el consenso, a partir de aquí, son más nítidas las preguntas que las respuestas.

## ***2. Los problemas básicos: se domina poco y se sabe menos.***

Sin embargo, no es posible desconocer que la decisión de afrontar la punición de omisiones tiene, por así decirlo, dos *pecados capitales u originarios*, para quien pretenda establecer un sistema de imputación que respete el Estado de Derecho. Este tipo de déficit, si no son comprendidos, desde el comienzo y acabadamente, pueden aparecer como fuente de otros problemas dogmáticos.

En primer lugar, si la idea misma de dominio del hecho, de dominabilidad, o de conducción del curso lesivo, forma parte inescindible de cualquier modelo de imputación normativo, está claro que presenta en el ámbito de los delitos omisivos serías dificultades para hacerse presente o, por lo menos, visible. El agente al cual se le imputa una omisión ostenta una muy débil (¿inexistente?) conducción del curso lesivo. El autor omisivo, en algún sentido, solo domina su propia renuncia a la ingerencia salvadora, pero no tiene ningún dominio sobre el devenir del aumento de riesgo, y muchas veces tampoco expresa una relación convincente en lo referido al nacimiento del mismo riesgo que afecta al bien jurídico. El autor omisivo no puede explicar su intervención aludiendo a procesos fácticos, a él nunca le es atribuible, por lo menos en términos de una explicación social, un empeoramiento del mundo. La omisión nunca ofrece una capacidad explicativa admisible de la lesión del bien, o del riesgo al cuál está sometido aquello que la norma protege.

Ahora bien, esa es la razón por la cual el dolo presente en el tipo subjetivo de la fundamentación del ilícito de las omisiones, por lo menos en su faz cognitiva, se manifiesta con una debilidad conceptual llamativa. Lo que, en verdad, sabe el omitente, es...!casi nada!. Sólo el sujeto conoce su propia omisión, que, para la imputación del resultado lesivo (por lo menos) es realmente insuficiente. No se trata sólo de los límites referenciales (desde el punto de vista metodológico) del dolo, sino de la propia debilidad imputativa en el ámbito de las omisiones. Ello ha estado expresado en el ilustrativo exepcticismo de Armin Kaufmann al referirse a la imputación subjetiva de los ilícitos omisivos como: “Cuasidolo de omisión”.<sup>1</sup> No es posible traspasar de modo irreflexivo el concepto de dolo en la comisión al tipo subjetivo de las omisiones.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Ver, un relato preciso e informado de la posición de Kaufmann, en Enrique Bacigalupo, “Delitos impropios de omisión”, Pannedille, Buenos Aires, 1970, pág. 81 y ssge: “Armin Kaufmann...parte de dos circunstancias: primero la finalidad es sobre determinación del nexos causal, luego si falta la causalidad no puede haber finalidad (dependencia de la categoría final de la causal); Segundo, la afirmación de la voluntariedad de la acción implica en todo caso la representación de la acción omitida, lo que no es esencial en la forma más grave de omisión por oposición a la culpa. Conclusión: la teoría del dolo, entendida como conocimiento y voluntad de realización del tipo, no puede pasar directamente a los delitos de omisión y lo que se llama omisión querida, no es más que una omisión conciente, acompañada del conocimiento del poder final del hecho del autor”.

<sup>2</sup> “De la época en que los delitos de omisión eran todavía un hijastro de la dogmática, proviene la concepción de que el concepto de dolo de los delitos de comisión se podía traspasar inalterable a los delitos de omisión. Si eso fuera correcto solo podría castigarse por un delito de omisión doloso, quien se hubiera representado positivamente fuera del

Según Stratenwerth: “Ya es dudosa la cuestión de si el dolo muestra la misma estructura en el delito de omisión que en el delito de comisión. Al principio la doctrina completamente dominante trasladó sin más, al delito de omisión, el dolo definido como saber y querer. Ello se vió facilitado por el hecho de que, en la omisión, con frecuencia el autor es totalmente consciente no solo de la situación típica, incluida su propia posibilidad de intervenir, sino que además decide también conscientemente en contra de ésta. Aquí concurre un proceso psíquico que al menos es similar a la voluntad de realización del delito de comisión. Pero también cabe imaginar que un autor por omisión, que de antemano está de acuerdo con el resultado que está por producirse o que es completamente indiferente a su respecto, no necesite reprimir ningún impulso a intervenir, no tenga que tomar ninguna decisión, para poder quedarse inactivo...En estos casos, falta toda decisión y, con ello, también toda voluntad de realización”.<sup>3</sup>

Ello forma parte, sin dudas, de las dificultades de imputación. Es indiscutible que el dolo implica una tarea conceptual claramente referencial, pero no es posible ocultar que ello no puede llegar al punto de que, como ha afirmado Jakobs, la pregunta por lo subjetivo llegue antes de que exista algo objetivo perturbador. Por hora, aquí no se sugiere más que la necesidad misma de tomar en cuenta esta debilidad a efectos de limitar las expansiones hermenéuticas más allá de lo que admite el mandato de *lex certa* del principio de legalidad.

### ***3. La delgada línea de separación entre el actuar y el omitir.***

Por otro lado, la dogmática penal ha asistido a una problemática de índole estructural y realmente básica: en ocasiones no es sencillo advertir en qué casos nos encontramos frente a una omisión o, en cambio, a una comisión. Para decirlo con mayor nivel de precisión y con mayor respeto al problema normativo que se encuentra en la base de lo que aquí se analiza: a veces no es claro si frente a un hecho jurídico penalmente

---

objetivo de la acción no efectuada, también los medios no aplicados para su ejecución, y, además, haya tenido la voluntad de no ejecutar la acción representada. La práctica judicial resulta, como es conocido, diferente; la conciencia de los medios de acción que permanecieron no utilizados no juega rol alguno en el juzgamiento o solo un rol verbal, y la “voluntad” de omisión carece precisamente de toda significación práctica”. Ver, Wolfgang Schöne, “Acerca del orden jurídico penal”, traducción de Juan Bustos Ramírez, Editorial juriscentro, San José, Costa Rica, 1992, pág. 41 y sgte.

<sup>3</sup> Stratenwerth, Derecho Penal. El hecho punible, traducción de Marcelo Sancinetti y Manuel Cancio Meliá, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 482.

relevante se debe construir un sistema de imputación en el marco del cual se encuentre en la base un no hacer, o, por el contrario, si de debe acudir a los principios de imputación que informan la subsunción de la conducción activa de un curso lesivo.

Es cierto que el problema no se encuentra en el plano empírico. Cómo lo ha dicho en un antiguo homenaje a Engisch, Claus Roxin: “Hacer y dejar (no hacer) se pueden distinguir muy fácilmente en el terreno empírico...Así pues, quien interviene activamente en un suceso, “hace” algo; y quien deja las cosas a su curso “deja” (no hace) algo”.<sup>4</sup>

Como lo afirma Stratenwerth: “La cuestión de si un resultado penalmente relevante ha sido producido por el autor por medio de un comportamiento activo, o solo no ha sido evitado, puede plantear considerables dificultades de detalle. Esto ocurre, especialmente, en caso de formas de conducta de “doble relevancia”, que pueden ser considerados tanto una acción como una omisión”.<sup>5</sup>

Se trata de comportamientos que ostentan espacios que podrían ser explicados a la luz de normas imperativas de mandato o de prohibición.

Según Silva Sánchez: “En particular, es eso lo que sucede cuando las acciones humanas se contemplan desde la perspectiva del Derecho penal: que pueden interpretarse como comisiones o bien como omisiones (realizaciones típicas comisivas u omisivas). Comisiones y omisiones se distinguen normativamente. Las primeras expresan injerencias 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”.<sup>6</sup>

La distinción del profesor de Barcelona es correcta y permite solucionar gran parte de los casos en los cuales se expresa la duda. Cada vez que no pueda imputarse, desde los principios de un modelo de imputación normativa, el empeoramiento del *estado de los bienes jurídicos o un aumento de los niveles básicos del riesgo expresado en el contexto fáctico del hecho*, entonces la imputación a título de infracción a una norma prohibitiva no podrá mantenerse.

---

<sup>4</sup> Claus Roxin, “En el límite entre comisión y omisión”, publicado en Problemas básicos del derecho penal, REUS, Madrid, 1976, pág. 226.

<sup>5</sup> Stratenwerth, op.cit, pág. 434.

<sup>6</sup> Silva Sanchez, “Estudios sobre los delitos de omission”, Grijley, Lima, Perú, 2004, pág. 16.

#### **4. ¿Omissiones cuya “impropiedad” consiste en no estar legisladas expresamente?**

Asimismo, en las últimas décadas se han generado un conjunto importante de confusiones relacionadas con el interrogante acerca de qué estructura normativa se le debe atribuir a la renombrada característica de “impropia” de la omisión que se trate.

Por ejemplo, según Bacigalupo, “Antes de la reforma de la LO 10/95 se consideraba que la impropiedad de los delitos impropios de omisión residía en la falta de tipificación en la ley penal de la llamada comisión por omisión”.<sup>7</sup>

También Welzel ha caracterizado a los delitos impropios de omisión, como “concreción de tipos de comisión a través del medio omisión”.<sup>8</sup>

Ha sido muy claro, últimamente, Eugenio Raúl Zaffaroni: “Domina ampliamente en la doctrina la afirmación de que los tipos impropios de omisión no están todos escritos, sosteniéndose que el juez los debe completar, individualizando las características de los autores conforme a los modelos legales de los que se hallan escritos. Por ende, los tipos impropios de omisión no escritos serían tipos abiertos, al igual que los tipos culposos. Partiendo de estas premisas y, observando que en los tipos escritos la posición de garante (el círculo de posibles autores) está definido en la ley, pues todos sus delicta propia, se hace necesario delimitarla en los que se consideran tipos omisivos impropios no escritos. Para ello se apela a criterios generales, que han sido introducidos legislativamente en los códigos más recientes a partir del art. 13 del código alemán, que sirvió de modelo a los restantes...”<sup>9</sup>.

“...Pese a todos los esfuerzos –continúan Zaffaroni/Alagia/Slokar- de la doctrina contemporánea por justificarlos, es innegable que estos códigos por lo menos están violando la exigencia de estricta legalidad. No en vano y desde antiguo se ha criticado la pretensión de que existen tipos omisivos no escritos, con el escaso argumento de que agotan el contenido prohibitivo de los tipos activos, expresión que encierra una pretensión de completitud incompatible con el carácter fragmentario de la ilicitud penal. No hay una diferencia sustancial entre el caso desaparecido crimen culpae, que pretendía construir un tipo culposo junto a cada tipo doloso, con los pretendidos tipos

---

<sup>7</sup> Bacigalupo, Enrique, Derecho penal. Parte general, Hammurabi, Buenos Aires, pág. 537

<sup>8</sup> Welzel, Hans, “Derecho Penal”, traducción del alemán de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, 1956, Depalma, pág. 205.

<sup>9</sup> Zaffaroni-Alagia-Slokar, Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 548.

omisivos no escritos que operarían como falsete de los tipos escritos. Ambos aspiran también a una legislación penal sin lagunas en la que nada pueda escapar al poder punitivo”.<sup>10</sup>

La opinión de los profesores argentinos debe generar consenso. No hay demasiadas razones, salvo esta ilícita pretensión, para justificar que la norma imperativa de prohibición, pueda incluir una norma de mandato. Como luego veremos, ambas estructuras de imputación, desde la visión estrictamente dogmática y político-criminal, no pueden reconducirse a una misma decisión legislativa.

Continúan Zaffaroni/Alagia/Slokar: “Habiendo tipos omisivos impropios escritos, no se explica la razón por la cual deba existir una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos. Los argumentos que se basan en supuestas dificultades de técnica legislativa no tienen más sentido que los que se oponían al *numerus clausus* en los países que consagraban el *crimen culpae*. La objeción fundada en que llevaría al código a una extensión desmesurada es insostenible en medio de un proceso de banalización irresponsible de la ley penal. En síntesis, la vía franca a la construcción analógica de tipos penales en esta materia no tiene otra explicación que una pretendida etización que retrocede en varios siglos, a la confusión entre moral y derecho...Es inadmisibles que se pretenda salvar la legalidad penal con el deber de emerger de otras leyes, como puede ser la civil...En la ley penal no existe ni siquiera la fórmula general de equivalencia que habilita la construcción analógica de los tipos no escritos y, de existir, ella misma sería inconstitucional frente a la general prohibición de la analogía *in malam partem*. Por ende, conforme a toda la tradición legislativa, no hay referencia alguna a la omisión que permita inferir la posibilidad de construir analógicamente estos tipos judiciales”<sup>11</sup>

Se trata, sin lugar a demasiadas dudas, de una de las más claras violaciones del principio de legalidad que ha sido observada con pasividad por el penalismo, sobre todo, argentino.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Zaffaroni-Alagia-Slokar, “Derecho Penal. Parte General”, EDiar, Buenos Aires, 2000, 552.

<sup>11</sup> Zaffaroni-Alagia-Slokar, *op.cit.*, pág. 553.

<sup>12</sup> De modo muy claro, Mariano Silvestroni: “En relación a la omisión impropia se presenta la más grave violación de la garantía de la legalidad. Ello ocurre especialmente en códigos como los de la Argentina que no prevén una fórmula general que regule la omisión. El problema se presenta porque casi todos los tipos penales describen acciones y no se refieren a las omisiones, razón por la cual en relación a ciertos delitos de resultado (en general respecto de los más graves), se pretende cubrir la laguna de

Las omisiones llamadas impropias se encuentran descriptas expresamente, por ejemplo, en el art. 106.<sup>13</sup> Si uno observa con cuidado el tipo objetivo que se encuentra receptado en el art. 106 del Código Penal, y lo hace a la luz de las clásicas exigencias que define la doctrina moderna para estipular el tipo objetivo de las omisiones impropias, advertirá con claridad que existe una concidencia absoluta entre ambos modelos. La norma que estipula el artículo mencionado, recoge:

1. La situación generadora del deber de actuar.
2. Una definición de los casos en los que surgirá la posición de garantía.
3. El incumplimiento del auxilio debido.
4. Una referencia a la capacidad de acción.
5. La posibilidad, con influencia punitiva, de que se produzcan resultados de distinta gravedad.

Incluso, si se toma en cuenta la pena amenazada, puede ser visto como político-criminalmente muy razonable desde el punto de vista de su propia dosimetría penal.

No hay razón para construir de modo injustificado una laguna que no es tal. Claro que se podría decir que lque no hay tantos tipos penales que puedan ser remitidos a la estructura, pero ello puede ser explicado: el legislador ha decidido que existan menos omisiones que delitos comisivos, por la sencilla razón de que la afectación a los espacios de libertad de la norma de mandato es sensiblemente más gravosa que en la norma prohibitive: la prohibición está rodeada de espacios de libertad, en cambio el mandato está rodeado de prohibiciones.

Por otro lado, hoy no puede ser discutido que el omitir implica una decisión de menor gravedad ética y de influencia fáctica que el cometer: es razonable entonces que el legislador reserve la sanción de las omisiones para aquellos casos de bienes jurídicos de mayor trascendencia.

---

punibilidad mediante construcciones teóricas destinadas a explicar por qué el no evitar el resultado típico, equivale a causarlo bajo determinadas circunstancias...”. Teoría Constitucional del Delito, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 233 y sgtes.

<sup>13</sup> Art. 106: “El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos a seis años. La pena será de reclusión o prisión de tres a diez años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de cinco a quince años de resclusión o prisión”.

Según Sancinetti<sup>14</sup>: “Desde luego que contra la invocación de una larga tradición cultural como un argumento en favor de la posibilidad de interpretar todo tipo comisivo como omisivo vale la protesta de que, tras la consagración del principio *nullum crimen sine lege su especie lex stricta*, no sería posible convalidar la punición de omisiones, como si fueran acciones, sobre la base de una doctrina consuetudinaria. Pero aquella larga tradición da mayor sentido a la pregunta de si no se puede interpretar la expresión *matar o causar una muerte* como ya referida en el lenguaje natural, como parte de su significado, a la no evitación de la muerte de una persona cuya vida se está obligado a preservar. De hecho, esta comprensión de las cosas responde a la visión de una extendida opinión en el mundo anglosajón, que también tiene contradictores. Por otra parte, ése es el entendimiento corriente del lego especialmente en los delitos imprudentes: a nadie le importa que el médico no haya sido el que causó la hemorragia, sino solamente el que no cerró la arteria que hacía falta cerrar –por ejemplo, al reemplazar a un colega que debe abandonar una operación ya iniciada- o que haya omitido cualquier otra maniobra de salvamento evidentemente mandada por las circunstancias; en cualquier caso se le atribuirá el resultado como si lo hubiera causado. Mas si el lenguaje natural permite esta extensión en la imprudencia, no habría ninguna razón para no hacer lo mismo respecto de la no evitación dolosa.”

Sólo puede ser atribuido a un argumento dogmático –en el peor sentido- la presunción de que al ciudadano le da igual si el médico ha sido o no causante de la primer hemorragia. Se trata de un debate demasiado vulgar –por lo menos en lo que respecta a los modos de comprobación empírica-, pero como mínimo debe ser aceptado como un punto de partida sometido a fuertes dudas: no parece cierto, en una primera aproximación que el nivel de exigencia del médico sea idéntico en cualquiera de los dos supuestos. Es más: si el paciente muere y el médico ha sido causante de la primer hemorragia, es seguro que a nadie se le ocurriría fundar la imputación solo en la mera omisión de la interrupción.

“Por otra parte –continúa Sancinetti-, el criterio de no introducir ninguna “cláusula de conversión” tiene la ventaja relativa de mantener la punición de la “comisión por omisión” dentro de límites bien estrechos: si uno quisiera ver realizada en la práctica la pretensión de Stratenwerth de que “la punibilidad se limite a aquellos casos en los cuales la equiparación se imponga indiscutiblemente”, no habría en verdad nada mejor

---

<sup>14</sup> Marcelo Sancinetti, “Dogmática del hecho punible y ley penal”, Ad-Hoc, edición bilingüe, Buenos Aires, 2003, pág. 107 y sgtes.

que dejar sin alterar aquellas legislaciones que –como la argentina, por ejemplo- aún no han introducido una cláusula de conversión. Esto lo demuestra el hecho de que en los países en que sus legislaciones incorporaron una fórmula tal, existe un riesgo mayor –y este riesgo se concreta de hecho- de que la punibilidad por delito impropio de omisión reciba una extensión intolerable.”.

La opinión aquí defendida en verdad no hace depender la conclusión de que exista o no una fórmula como la del párrafo 13 del Código Alemán. En cualquier caso, la extensión del ámbito de lo prohibido en una norma como si incluyera, también, un mandato, lesiona, por lo menos si se lo entiende bien, al mandato no solo de *lex certa* del principio de legalidad, sino, directamente, a la misma idea de *lex scripta*.

Pero Sancinetti afirma: “A pesar de ello, creo que el estado actual de la dogmática sobre el delito de omisión permite generar tantas dudas sobre la legitimidad de penar una omisión bajo la descripción legal de un verbo de causación que, al menos desde la pureza de principios, es preferible establecer legalmente la cláusula de conversión. Lo contrario lleva o bien a una interpretación analogical de los tipos penales o bien a la admisión de una causalidad en la omisión que no se puede defender.”.

“De todos –continúa el profesor argentino-, no puedo emitir aquí una opinión tan terminante...la ausencia de una cláusula de conversión no tiene de hecho el efecto de generar una laguna de punibilidad intolerable..., sino el de que la punición imprescindible siga rigiendo en la práctica, pero por vías objetables desde el punto de vista constitucional...en cualquier caso, para los países que ya han incluido una cláusula semejante en sus legislaciones..., sería prácticamente imposible derogarlas, mientras que aquellos que no lo han hecho aún..., mantienen la alternativa, pero al costo (pagado en moneda de lesión a *lex stricta*) ya explicado”.<sup>15</sup>

En verdad, tampoco se mejora nada con la norma mencionada: parece claro que ninguna norma del derecho sustantivo penal, puede permitir cierta relativización de las exigencias de la garantía constitucional del principio de legalidad. En ese caso, también la norma de conversión es, en sí misma, una lesión constitucional. La definición propia, por ejemplo, del círculo posible de autores a través de la posición de garantía, no puede ser observada y menos regulada desde una atalaya tan lejana como la parte general, sino que requiere una contextualización de los deberes en el marco de los bienes protegidos y los riesgos controlados.

---

<sup>15</sup> Sancinetti, *op.cit*, pág.

Por otro lado, no se entiende por que razón el legislador a la hora de preveer la ampliación de la punibilidad a las omisiones en el marco del bien jurídico de mayor trascendencia de nuestro sistema penal, lo ha hecho con tanta precisión y, en verdad, lucidez, teniendo en cuenta que si hay un bien jurídico que hubiera aportado ciertos sentimientos valorativos a favor de cierta analogía in malam parte en el caso de deberes especiales incumplidos, es, justamente, la vida. Si en el marco justamente de este bien, el legislador ha definido con especial respeto al principio de legalidad la norma de mandato, no hay demasiadas razones para intuir que se puede interpretar algo distinto en el marco de bienes jurídicos de menor importancia.

### **5. ¿La “omissio libera in causa” como una tentativa?**

Un tema un tanto complejo reside en las situaciones en las cuales el agente sobre el cual recae un deber típico de actuar, no cumple con el mandato pero porque no posee en ese instante la capacidad de actuar, exigencia propia de la definición de la materia de prohibición, y por lo tanto de la propia tipicidad. Sin embargo, sucede que esa incapacidad de cumplir con el mandato ha sido provocada por el mismo agente en instantes anteriores a que nazca la situación generadora del deber de actuar, pero siendo absolutamente previsible ésta. Al igual que los casos correspondientes pero activos, la situación de autoincapacitarse puede haberse conducido dolosamente o como consecuencia de la violación de un deber previo de cuidado (imprudencia). Se presenta el caso del guadabarreras: “que se embriaga hasta quedar inconsciente, por lo que no baja las barreras, (o no cambia la aguja) en el momento debido, produciéndose el correspondiente accidente ferroviario con varias víctimas”...Ahora bien, según Silva Sánchez el ejemplo relatado se corresponde más con un caso de omissio libera in agendo, proponiendo en cambio: “el caso del guardagujas o guardabarreas que, viendo que se queda dormido por los vapores de la estufa de su caseta, no hace nada por evitar este extremo (por ejemplo, salir de aquella), produciéndose el mismo accidente narrado en el ejemplo anterior”.<sup>16</sup>

Según Silva Sánchez, ; “A este respecto, no se dan, en general, discrepancias a la hora de entender que nos hallamos ante una realización típica omisiva. Dado que el

---

<sup>16</sup> Silva Sánchez, pág. 46.

guardabarreras, por ejemplo, se halla en una posición de compromiso de protección, habrá que apreciar, pues, en principio, la existencia de de una comisión por omisión”....”En efecto, ni en la primera ni en la segunda fase cabe hallar en la conducta del sujeto un factor causante del resultado. Más bien, como en los casos de interrupción de cursos salvadores, se ha causado activamente una condición negativa del resultado (la no intervención del guardabarrera). Ahora bien, la cuestión radica en cómo fundamentar la imputación de una realización típica omisiva. Ciertamente, un primer análisis superficial muestra que el sujeto que se encuentra bajo la mencionada incapacidad no omite lo típicamente indicado, pues falta la capacidad de hacerla; a la vez, tampoco parece incontentable la apreciación de una omisión en el momento en que dicho individuo provoca su incapacidad de realizar la acción debida. Con todo, el propio sentimiento jurídico pone de manifiesto que un sujeto que, de algún modo, es responsable de su posterior incapacidad no puede escapar a la reacción penal cuando, bajo dicha incapacidad, realiza un hecho delictivo. Dada la configuración de la estructura, parece claro que se trata de optar entre imputar el resultado acaecido al primer hecho (provocación o no evitación de la producción de la incapacidad de realizar la acción) o al Segundo hecho (no realización de la acción debida en estado de incapacidad provocada o no evitada).”<sup>17</sup>

Es posible que este tipo de casos deba resolverse acudiendo a la escala reducida de la tentativa, y ello justamente por la similitud con los casos de *actio libera in causa*. En definitiva el sujeto no puede culminar una omisión que le pueda ser imputable de modo completo. Todo el proceso omisivo no puede ser imputado a la tipicidad. Lo único imputable es el segmento activo de comenzar a incapacitarse. Se trata de un caso muy similar a la interrupción activa de un curso salvador ajeno. Aquí el sujeto mismo se inhabilita como una futura fuente de salvación del bien.

#### ***6. La omisión y la teoría del concurso. ¿Concurso real entre omisiones?***

Según Gunther Jakobs: “Al delito de omisión se aplica paralelamente lo señalado para el delito de comisión. En relación con la cuestión de la unidad del omitir hay que atender a sí en la omisión de una determinada acción se pone de manifiesto (es decir, al menos en grado de tentative) la infracción de varios deberes —entonces unidad de hecho-

---

<sup>17</sup> Silva Sanchez, pàg. 48 y sgte.

o a sí lo deberes se pueden referir a la omisión de distintas acciones. Si el autor tiene a disposición para distintos deberes varias posibilidades de evitación que, según la elección del autor, o bien requieren cada una acciones propias, o bien consisten en una única acción que al menos comienza a cumplir todos los deberes, entonces se da pluralidad de hechos: el autor que omite todas las acciones también omite aquella acción mediante la que al menos se comenzaría a cumplir todos los deberes. No obstante, el omitir esta acción no pone de manifiesto que el autor no vaya a cumplir todos los deberes, pues podría desde luego cumplir deberes singulares mediante acciones aisladas”.<sup>18</sup>

“El que infringe varios deberes de prestar alimentos se comporta en pluralidad de omisiones (concurso real) si podría hacer que su empleado, con una sola orden, diese cumplimiento puntual a todas las obligaciones, pero también podría utilizar vías separadas para satisfacerlas. Sólo se da lugar a la unidad de omisión cuando con una determinada acción forzosamente se tendría que comenzar a cumplir todas las obligaciones”<sup>19</sup>

Según Jescheck: “si, contrariamente a su deber de garante, el autor omite evitar varios resultados típicos (delito de omisión impropia) entonces hay que aceptar una omisión si por medio de una sólo acción habría podido evitar todos aquellos. En cambio, concurren varias omisiones si tras el acaecimiento de uno de los resultados hubiera sido todavía posible el impedimento de los otros. De este modo concurre una pluralidad ante la infracción del deber de manutención frente a varios legitimados a su percepción. Si en un delito de omisión propia el autor se abstiene simultáneamente de cumplir con varios mandatos de acción, entonces habrá que aceptar una pluralidad de omisiones si pudieron observarse sucesivamente los distintos deberes de intervención”.<sup>20</sup>

Por ejemplo, deberíamos considerar la posibilidad de que dos omisiones tributarias, contemporáneas, correspondientes al mismo período fiscal y que se identifican con la misma pasividad (no presentación de declaraciones juradas) puedan concurrir en forma real.

Ello es, seguramente, difícil de sostener desde el punto de vista del sistema dogmático.

---

<sup>18</sup> Jakobs, op.cit, pág. 1087.

<sup>19</sup> Jakobs, op.cit, pág. 1087.

<sup>20</sup> Jescheck, Tratado de derecho penal. Parte general. Traducción de Miguel Cardenete, Quinta edición, Comares, Madrid, pág. 769.

Desde hace bastante tiempo se ha expresado la tendencia de que el punto neurálgico para definir si un concurso es ideal o real, es justamente, el concepto de unidad o pluralidad de acciones. Es decir, frente a varias infracciones normativas lo que define que haya concursos reales es que nos encontremos frente a decisiones y cursos lesivos independientes.

En este sentido, pareciera que el concurso real implica un tratamiento de mayor entidad punitiva basado en que en estos casos el agente ha expresado más de una vez una energía criminal que se manifiesta de modo expreso en diferentes intervenciones en el curso lesivo de modo autónomo. Se habla así de “pluralidad de acciones”.

Se ha señalado que el presupuesto necesario del concurso real de delitos es una pluralidad de conductas. En el fondo, no pasa de ser la *conurrencia de varios delitos en único proceso*, lo que si bien hace que haya disposiciones al respecto en el código penal (Arts. 55 y 56), en modo alguno debe ser considerado como una cuestión exclusivamente penal, sino también de enorme importancia procesal. Como en el concurso real hay una concurrencia de delitos en un proceso, en tanto que en el concurso ideal hay una concurrencia de tipicidades en una única conducta, algunos autores suelen distinguir entre el *concurso real* (también llamado material o de delitos) y en el mero concurso procesal, dándose este último cuando un mismo sujeto en un único proceso. el código argentino no recoge esta distinción y no parece tener efectos relevantes.<sup>21</sup>

La cuestión es realmente clara y pondremos un ejemplo que esperamos sirva para clarificar las razones por las cuales es imposible sostener con viabilidad jurídica que comportamientos homogéneamente omisivos puedan concurrir de modo real. Si un bañero decide no salvar a dos niños que de modo evidente están siendo arrastrados por la marea, cuando se encuentra en posición de garante (aquí sí hay una omisión impropia del artículo 106), no realiza dos infracciones al art. 106 en concurso real, sino que con una sola decisión de omitir, manifestada en el mismo incumplimiento y la misma inmovilidad fáctica, ha infringido dos normas de relevancia jurídico penal: ello es justamente, concurso ideal.

Distinto sería el caso si el agente, por ejemplo, al cual se le imputa una evasión fiscal, lo ha hecho, en el mismo período fiscal, de diferente modo. Por ejemplo, ha desarrollado una enorme estrategia de simulación de gastos contratando los servicios de una usina de

---

<sup>21</sup> Eugenio R. Zafaroni, en Tratado de Derecho penal - Pág. 824,

facturas apócrifas, ha simplemente omitido el pago de las cargas previsionales y ha desplegado toda una serie de artilugios autónomos y sólo destinados a evadir el impuesto a los bienes personales. Aquí sí con certeza los dos cursos lesivos activos pueden concurrir en forma real, pero ellos dos, junto con el omisivo, deben concurrir, de todos modos de modo ideal. La omisión, esto parece claro, no suma ningún curso activo, no suma ninguna acción al cómputo del art. 55 del Código Penal.

Todavía pudiera argumentarse que en los mismos períodos fiscales las infracciones penal tributarias concurren de modo ideal, pero que entre periodos fiscales distintos el concurso es real, porque los cortes temporales así lo indican. Pero ello sería otro error.

En primer lugar, aun extendida en el tiempo la misma omisión no puede escindirse por razones externas como los diferentes resultados típicos. Si así fuera, entonces, también los diferentes resultados homicidas deberían conducir siempre a un concurso real.

En segundo lugar, y en el peor de los casos, se trataría del más puro, simple y contundente delito continuado.