

# ¿HAY DELITOS DE OMISIÓN? UN MALENTENDIDO PENDIENTE

**Miguel Juan Ramón De Lezica**

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

Contacto: lezica@uca.edu.ar

Recibido: 4 de febrero de 2022

Aprobado: 15 de marzo de 2022

## **Para citar este artículo:**

De Lezica, M. J. R. (2022). “¿Hay delitos de omisión? Un malentendido pendiente”. *Prudentia Iuris*, N. 93, pp. 231-248

**DOI:** <https://doi.org/10.46553/prudentia.93.2022.pp.231-248>

**Resumen:** Los detractores de la noción de delitos de acción por omisión afirman que se trata de una analogía prohibida lesiva del principio de legalidad. La solución, un tipo específico o una cláusula de equivalencia. Por el contrario, la ubicación de la omisión como estructura típica, o la doctrina de la acción como el supuesto material a ser valorado por la norma en el tipo, conducen a una aporía que entendemos no resuelta. Si la omisión debe ubicarse en el tipo; sí, a la vez, caracterizamos al delito como acción, típica, antijurídica y culpable; la omisión no es acción, luego no es delito. Aquí se propone una alternativa desde la doctrina de la voluntariedad como causa formal del acto humano. Si voluntariedad importa dominio del acto, somos tan dueños de obrar y querer como de no obrar y no querer.

**Palabras clave:** Delito, Acción por omisión, Cláusula de equivalencia, Estructura típica, Voluntariedad, Acto humano.

## **Are there crimes of omission? A pending misunderstanding**

**Abstract:** Detractors of the notion of crimes of action by omission affirm that it is a prohibited analogy that is harmful to the principle of legality. The solution, a specific type, or an equivalence clause. On the contrary, the location of the omission as a typical structure, or the doctrine of the action as the material assumption to be valued by the norm in the type, lead to an aporia that we understand is not resolved. If the omission must be located in the type; if, at the same time, we characterize the crime as a typical, unlawful and guilty action; the omission is not an action, therefore it is not a crime. Here an alternative is proposed from the doctrine of voluntariness as a formal cause of the human act. If voluntariness matters mastery of the act, we are as masters of acting and wanting as of not acting and not wanting.

**Keywords:** *Crime, Default action, Equivalence clause, Typical structure, Willfulness, Human act.*

## **Ci sono reati di omissione? Un malinteso in sospenso**

**Sommario:** I detrattori della nozione di reato di azione per omissione affermano che si tratta di un'analogia vietata e lesiva del principio di legalità. La soluzione, un tipo specifico o una clausola di equivalenza. Al contrario, la collocazione dell'omissione come struttura tipica, o la dottrina dell'azione come presupposto materiale da valorizzare dalla norma nel tipo, portano ad un'aporia che comprendiamo non risolta. Se l'omissione deve trovarsi nel tipo; se, allo stesso tempo, caratterizziamo il reato come un atto tipico, illegittimo e colpevole; l'omissione non è un atto, quindi non è un reato. Qui si propone un'alternativa dalla dottrina della volontarietà come causa formale dell'atto umano. Se la volontarietà conta per la padronanza dell'atto, noi siamo padroni dell'agire e del volere come del non agire e del non volere.

**Parole chiave:** Criminalità, Azione predefinita, Clausola di equivalenza, Struttura típica, Caparbietà, Atto umano.

## I. Introducción

Las presentes líneas son, en parte, fruto de las discusiones y reflexiones suscitadas en las reuniones del Centro de Filosofía de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UCA. Vaya nuestro agradecimiento para sus miembros y para los demás participantes de esos eventos.

Es innegable que el tema del título es trillado. Tomando una de las acepciones de este último término, podría decirse, falto de originalidad. No obstante, a pesar de que en la jurisprudencia aparecen condenas por omisiones constitutivas de delitos, y que parte de la doctrina acepta la posibilidad sin problema, también es cierto que, a la vez, perdura la tacha de inconstitucionalidad y la acusación de vulneración del denominado principio de legalidad.

La objeción consiste en que los delitos son acciones mientras que la omisión lo será si hay un tipo específico que así lo determine. Lo que resulta inadmisibles para esas corrientes es la noción de comisión por omisión, a menos que el legislador haya previsto lo que hoy se conoce como una cláusula de equivalencia. De lo contrario, habría una violación al principio de legalidad.

Un modelo de esta cláusula puede encontrarse en el artículo 11 del Código Penal español, que dice: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se 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”.

Es abundante la doctrina que destaca este reparo. “La objeción fundamental contra la existencia de estos delitos, como cuando sucede en el Derecho argentino, es que no están regulados en la ley, su tipicidad está basada en operaciones analógicas en cuya virtud se procuran establecer presupuestos bajo los cuales la no evitación de un resultado pueda equipararse a su producción”<sup>1</sup>.

Y si bien se han intentado las más diversas explicaciones, la cuestión sigue en la encrucijada de la cláusula de equivalencia o el uso de una analogía prohibida.

1 Righi, E. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 454. Véase también, entre otros, Vitale, G. L. (2018). *Dolo como actuar deliberado*. Buenos Aires. Hammurabi, 38 y 39; Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Hammurabi, 541 y 542.

El problema se puede volver más complejo si se aborda desde la distinción entre acción y omisión. Ello supone en gran medida reeditar la hoy vieja disputa en torno a la noción de acción. Sin embargo, discusión aparte, en la actualidad se admite casi sin objeciones que el delito es acción, típica antijurídica y culpable. Luego, si partimos de que todo delito es acción, o la omisión sobra o hay que revisar el concepto de acción, o el de delito.

Pero esto parece un camino sin sentido, una vuelta atrás en todo el desarrollo de esta temática. De ahí la necesidad de intentar otros rumbos con la esperanza de acercarse a alguna solución.

Conviene aclarar previamente que veo, al menos, dos motivos para volver sobre el tema trillado. El primero es que, a pesar de su aceptación doctrinaria y jurisprudencial, los objetores mantienen su reclamo de inconstitucionalidad por ausencia de tipicidad estricta. El segundo es discutir si el delito, efectivamente, es acción, sin más, o hay algo que agregar o decir al respecto.

## II. La omisión en el Derecho Penal

### *1. Omisión y dogmática penal*

La última frase del acápite anterior puede parecer que contraviene la advertencia previa de que no volveríamos sobre una discusión ya conocida por todos. Y así lo haremos, no retomaremos aquí toda la disputa en torno al concepto de acción. Intentaremos, sin embargo, sopesar si la noción de delito es solo reducible a la acción o, si, por el contrario, hay alguna otra posibilidad.

Pero previo a ello, conviene comenzar por lo más sencillo: ¿qué es la omisión para el Derecho Penal?

Donna, por ejemplo, entiende que la noción de acción es la base de toda la teoría del delito. Se refiere a la acción en sentido kantiano, y afirma que hay acción cuando el hecho puede ser imputado a la actuación libre del autor<sup>2</sup>. Su propósito es, sencillamente, distinguir el acto libre conducido por la voluntad capaz de autodeterminarse, de los hechos de la naturaleza. Así, los actos humanos, en tanto dirigidos por la voluntad, son imputables al sujeto, no así en cambio los hechos de la naturaleza.

En cuanto a la omisión, cita a Welzel, cuando este decía que “el poder de la voluntad humana no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino

<sup>2</sup> Donna, E. A. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. T. II. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 172.

que comprende también la omisión de ella. Junto a la acción aparece la omisión como una segunda forma independiente dentro de la conducta humana, susceptible de ser regida por la voluntad dirigida por el fin”<sup>3</sup>.

Por su parte, Zaffaroni, quien se declara seguidor del finalismo de Welzel, pone especial preocupación en distinguir omisión de acción. La primera no es una modalidad de la acción, no hay una noción ontológica de omisión; por el contrario, se trata sencillamente de una estructura típica.

“Tanto en los delitos dolosos como en los culposos, en los activos como en los omisivos, lo que la ley prohíbe (en los tipos) es una conducta final: ‘dolo’ y ‘culpa’ no son formas de la culpabilidad, ‘actividad’ y ‘omisión’ tampoco son formas de la conducta, sino que se trata de cuatro diferentes formas de tipicidad, que responden a otras tantas formas estructurales distintas de tipos penales”<sup>4</sup>.

Y para que no queden dudas, dice: “Como la omisión no es una mera ‘no acción’, sino un ‘no hacer algo’ (no hay omisión de nada), siempre habrá que tener una instancia de comparación valorativa. El concepto de omisión es necesariamente normativo. En el plano óntico existen solo acciones. La omisión presupone la existencia de una norma que imponga la acción omitida. Si pretendemos fundar la sistemática del delito sobre una base óntico-ontológica no valorativa, como es la conducta humana, el concepto de acción deberá estar en la base, pero no el de omisión. Sintéticamente: la omisión requiere valoración y lo pretípico es aún avalorado, falta toda referencia al valor jurídico”<sup>5</sup>.

Silva Sánchez<sup>6</sup> plantea el tema de la omisión desde dos perspectivas a las que llama concepto y sistema. Éstas aluden a dos problemas distintos: el primero será el concepto de omisión, o sea, qué es y, en su caso, si es parte de la acción o si puede hablarse de un género común que abarque a ambas; el segundo es el del lugar que ocuparía la omisión en la sistemática del delito. Aquí ya estamos dentro de la denominada dogmática, específicamente en la teoría del delito. En este plano habrá que discernir dónde ubicar la omisión, si en la acción, la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad.

Explica su posición en los siguientes términos: “Así se señala que lo decisivo no es hallar el concepto ‘verdadero’, ontológico de acción (u omisión), sino el concepto que subyace a los tipos penales del Código. No se trata, en

3 Welzel, H. (1970). *Derecho Penal alemán. Parte General*. 11ª edición. Santiago de Chile. Jurídica de Chile, 237, citado por Donna. Ob. cit., 141.

4 Zaffaroni, E. (2009). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. T. III. Buenos Aires. EDIAR, 83 y 84.

5 *Ibidem*, 450.

6 Silva Sánchez, J. M. (2020). *El delito de omisión, concepto y sistema*. Buenos Aires. Editorial BdeF.

definitiva, de determinar ‘el concepto correcto’, sino el ‘adecuado’<sup>7</sup>. Entendemos que, en esta cita, sobre la que volveremos más adelante, se encuentra el núcleo de la cuestión, del problema, y del malentendido anunciado en el título.

En definitiva, para Silva Sánchez, la omisión también importa o al menos debe explicarse desde la tipicidad. Pero los matices de su posición y las diferencias que puede suponer respecto de la de Zaffaroni, exigen un mínimo desarrollo de ambas explicaciones.

## **2. La omisión como estructura típica**

### *2.1. La posición de Zaffaroni*

Este autor entiende que, al nivel de la conducta, previo a cualquier referencia típica, solo hay acciones. No es posible, según Zaffaroni, hablar de una omisión pretípica porque omitir no es un mero no hacer; por el contrario, se trata de no hacer lo que se debe hacer, pero esto nunca puede advertirse con prescindencia de la norma, o sea, en el ámbito de la tipicidad.

Critica los intentos de ubicar la omisión juntamente con la acción o aquellos que pretendieron identificar un género común a acción y omisión, principalmente porque esto distorsiona la noción de acción e impacta, en definitiva, en la estructura del delito. Esta postura es estrictamente dependiente de la noción de acción en la que Zaffaroni es cultor del finalismo de Welzel.

La distinción es necesaria ante el rechazo de una noción “ontológica” de omisión que se reconoce en cambio con relación a la acción. El Derecho, dirá Zaffaroni, es un orden regulador de conductas y para ello no puede prescindir del ser de la conducta, so riesgo de regular cualquier otra cosa. “Si el Derecho no reconoce y respeta el concepto óntico-ontológico de conducta, regulará cualquier otra cosa, pero no conducta”<sup>8</sup>.

La conducta que puede ser delito es una conducta humana. No hay, para Zaffaroni, una noción jurídico penal de acción, sino una noción prejurídica que implica una estructura lógico-objetiva. La acción, por su parte, supone voluntariedad, sin voluntad no hay conducta, y lo voluntario es un querer activo que se ordena hacia algo. La voluntad siempre implica finali-

7 *Ibidem*, 19.

8 Zaffaroni, E. (1997). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. EDIAR, 338.

dad porque no es posible que haya voluntad de nada, siempre la voluntad es voluntad de algo, o sea, tiene un “contenido” que es una finalidad.

“Con esta caracterización de la esencia de la acción humana nos incorporamos a una gran tradición filosófica. Desde que Aristóteles mostrara la estructura de la acción por primera vez, a través de la finalidad, esta comprensión se impuso en la Edad Media (ante todo por obra de Santo Tomás) y quedó reconocida generalmente hasta Hegel. Solo a fines del siglo XIX, cuando las ciencias mecánicas naturales invaden el campo del Derecho, se trató de hacer también de la acción un proceso causal exterior”<sup>9</sup>.

La actividad finalista de la acción se basa en que el hombre puede tener cierta previsión de las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos y dirigir la acción según un plan. En base a su conocimiento causal previo puede dirigir el suceder causal exterior hacia un objetivo y, así, determinarlo de modo finalista.

No hay, en cambio, una noción ontológica de omisión y no puede haberla. Las doctrinas que han pretendido justificar su existencia son insostenibles; por ejemplo, la conocida teoría de la “acción esperada”, para la que hay omisión cuando el sujeto no realiza una acción esperada. “Cabe preguntar quién espera [...] Si son las pautas culturales, ello implica una total ‘etización social’ del Derecho Penal, por lo que rechazamos esta respuesta. Si es el orden jurídico, estamos confundiendo niveles de análisis: el de la acción y el del tipo”<sup>10</sup>. Por eso, pretender una unidad entre acción y omisión es pretender una unidad de acción y tipicidad.

Volvamos, entonces, a la omisión como estructura típica. Acción y omisión son técnicas diferentes de prohibir conductas humanas. Si bien todas las normas penales son prohibitivas, su enunciado puede ser prohibitivo (no matarás) o preceptivo (ayudarás). Así, mientras que el enunciado prohibitivo prohíbe la acción individualizada en el verbo típico, el preceptivo prohíbe realizar cualquier otra acción que no sea la individualizada en el tipo<sup>11</sup>.

El tipo omisivo, dirá Zaffaroni, tiene un aspecto objetivo y uno subjetivo, pero presenta características distintas del tipo activo doloso. El tipo omisivo debe ser circunstanciado e implicar una voluntad distinta de la voluntad realizadora de la conducta debida. Pero no hay en el tipo omisivo una relación de causalidad, como puede haberlo en el tipo activo, o sea, la conducta distinta de la debida no causa el resultado típico.

“La madre que en lugar de alimentar al niño teje calcetines, no causa la muerte del niño en sentido físico: la conducta de tejer calcetines ‘causa’

9 Welzel, H. (1951). *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires. Astrea, 18 y 19.

10 Zaffaroni, E. *Tratado...* Ob. cit., 451.

11 Zaffaroni, E. *Manual...* Ob. cit., 451.

los calcetines, pero no la muerte del niño. En realidad, la muerte del niño es causada por la inanición, es decir, por un proceso causal que se desarrolla en forma independiente. En el tipo omisivo no se requiere un nexo de causación entre la conducta prohibida (distinta de la debida) y el resultado, sino un *nexo de evitación*, es decir, la muy alta probabilidad de que la conducta debida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado”<sup>12</sup>.

Este autor abordará también el tema de la denominada omisión impropia a la que presenta como un problema. Estos tipos se generan mediante la conversión del enunciado de una norma prohibitiva en una norma preceptiva. Sin embargo, esta conversión puede traer muchos inconvenientes ya que un enunciado prohibitivo tiene un alcance mucho menor del que surge de uno preceptivo. De ahí la necesidad de establecer algún límite a una prohibición amplia e indeterminada que puede surgir de una norma preceptiva.

Zaffaroni entiende que esto solo es posible a partir de la doctrina conocida como “posición de garante”. Solo pueden ser autores de delitos de omisión impropia quienes se hallen en una posición tal, respecto del sujeto pasivo, que se encuentren obligados a garantizar especialmente la conservación, reparación o restauración del bien jurídico penalmente tutelado.

Esta doctrina cobra especial relevancia porque en general los tipos de omisión impropia son no escritos, y, en consecuencia, podría verse afectado el principio de legalidad. Corresponde, entonces, precisar en qué se funda la exigencia que nace de la posición de garante. En definitiva, ¿cómo se coloca un sujeto en posición de garante?

Zaffaroni identifica tres fuentes, a saber: la ley, el contrato y la conducta anterior del sujeto, previniendo, sin embargo, que se trata de indicadores generales y que su determinación surgirá del análisis de cada caso. Ejemplo de una obligación legal es la de los padres respecto de los hijos; de una contractual, la enfermera que se obliga a cuidar a un enfermo o el guía que se obliga a conducir a alguien por terreno peligroso; por último, de la conducta precedente del sujeto, puede ser el caso de quien determina a otro a que emprenda una empresa arriesgada dándole la seguridad de que habrá de asistirle. Esta última fuente, sin embargo, suele provocar gran incertidumbre.

En conclusión, la omisión es una estructura típica y los casos de omisión impropia se explican a partir de la doctrina de posición de garante con las limitaciones aquí indicadas.

12 *Ibidem*, 453.



## 2.2. *La posición de Silva Sánchez*

Asiste razón a Silva Sánchez cuando destaca que la omisión como problema surge a partir del auge de la noción de acción del causalismo naturalista en la dogmática penal. La concepción causal del delito estructurada en torno a la acción como elemento básico del sistema tornaba difícil la ubicación y determinación de la omisión.

Este autor, por su parte, se opone a toda asunción ontológica de conceptos penales, ya se trate de acción u omisión. Justifica esta posición alegando que sostener que solo los comportamientos humanos pueden ser constitutivos de delitos no importa una necesidad ontológica, sino una exigencia proveniente de un determinado concepto de antijuridicidad<sup>13</sup>.

El núcleo central y esclarecedor de toda la doctrina de este autor es el que sigue. Todo fenómeno natural puede ser explicado desde distintas perspectivas, la de la física, la química, la biología, etc. Sin embargo, para algunos aspectos de estos fenómenos resulta insuficiente un análisis meramente “empírico-externo”, ya que no son solo “explicables”, sino también “interpretables”, en tanto es posible asignarles un sentido y un significado. Sentado esto solo queda determinar los criterios asumidos por el observador para la interpretación.

“En nuestro caso, la base no puede ser otra que la esencia de la anti-juridicidad penal y la función motivadora de las normas (imperativos) jurídico-penales. Desde este punto de vista, sólo se podrá calificar de *conductas* aquellos procesos que contengan los elementos mínimos necesarios para poder advertir en ellos tomas de posturas frente a las normas; aquellos que sean interpretables desde la óptica normativa”<sup>14</sup>.

Establecida la perspectiva metodológica del análisis es posible avanzar sobre su objeto. Aquí también será necesario, para precisar mejor el concepto de omisión, distinguirla de la acción. Mientras el aspecto interpretativo corresponde al ámbito de los tipos penales como encargados de conferir contenidos de sentido, el papel de la noción de conducta es determinar qué procesos serán interpretables, o accesibles a la interpretación típica.

Ahora bien, no debe confundirse la ausencia de acción con la omisión. En la ausencia de acción concurren determinadas elementos y características respecto de los cuales la doctrina es prácticamente unánime. En consecuencia, frente a un supuesto de inactividad, si no concurren causales de ausencia de acción habrá que conferirle carácter de acción porque no hay una tercera alternativa.

13 Silva Sánchez. Ob. cit., 155.

14 *Ibidem*, 157.

Por su parte, puede decirse de la comisión que implica atribuir (imputar) a una conducta el sentido de crear o incrementar por vía eficiente un riesgo para un bien jurídico. El autor aclara que se está refiriendo con esta afirmación a la doctrina de la imputación objetiva.

“La omisión es también producto de la interpretación que se efectúa a partir de los tipos penales. El sustrato de esta interpretación es, como en el caso de la comisión, la conducta real efectiva –actividad o inactividad– que el sujeto desarrolla al omitir. Es, en efecto, a dicha conducta a la que se imputa o atribuye la omisión como realización típica omisiva”<sup>15</sup>.

“La omisión no es en ningún caso una ‘forma de comportamiento’, ni distinta del hacer ni coincidente con él. La conducta efectiva, real, juega ciertamente un papel en la configuración del concepto de omisión. Pero éste es algo diferente. Más bien, aparece constituido por la atribución, a dicha conducta efectivamente realizada, *de un determinado sentido, sobre la base de que no responde a la pretensión (protección activa) que dimana de un bien jurídico en una determinada situación y es recogida por un tipo penal*. La conducta en sí (con ‘carácter de acción’) no ofrece todavía un contenido determinado; no es aún ni ‘comisión’ ni ‘omisión’. Solo deviene lo uno o lo otro, en sentido penal, mediante la ‘interpretación’ (imputación típica). Ésta pone en relación la conducta con las expectativas que parten del bien jurídico. Es pues, precisamente, el contenido de tal expectativa el que permite *atribuir* a la conducta real un concreto sentido –para el Derecho Penal– omisivo”<sup>16</sup>.

Por último, dirá el autor en análisis: “La omisión surge como tal en el enunciado que expresa la relación de discordancia de la conducta efectiva con la pretensión que dimana del bien jurídico, criterio rector del tipo. Estructuralmente, ocurre lo mismo con la comisión: también ésta surge en el enunciado (de imputación) que expresa la relación de discordancia entre la conducta efectiva del sujeto y la expectativa del bien jurídico. Desde la perspectiva formal, pues, ‘comisión’ y ‘omisión’ podrían verse como recursos técnicos equivalentes y eventualmente intercambiables. Sin embargo, existe, como se verá más detenidamente, una diferencia sustancial en los contenidos materiales de las relaciones que expresan. Su base se halla en el distinto carácter de las *pretensiones de los bienes jurídicos* en uno y otro caso”<sup>17</sup>.

Al igual que en los supuestos de comisión, el sustrato o contenido material del enunciado típico (contenido formal) que expresa la relación de omisión se encuentra en la conducta efectiva, real, que lleva a cabo el sujeto.

15 *Ibidem*, 167.

16 *Ibidem*, 169.

17 *Ibidem*, 170.

En el tipo omisivo siempre hay algún tipo de conducta, por eso, como ya se dijo, no puede identificarse sin más con la falta de acción. La falta de acción no es omisión en sentido típico.

Silva Sánchez acude al ejemplo del sujeto a quien por estar atado o encerrado se le impide brindar auxilio a otro. En su situación hay posibilidad de acción, puede gritar, agitarse, en definitiva, moverse dentro de los límites de sujeción. Pero en la imposibilidad de prestar auxilio, no solo le falta la tipicidad omisiva, ante la imposibilidad de realizar en concreto la acción de ayuda, más bien le falta el sustrato adecuado al “juicio de omisión”. El sustrato material, conducta contrapuesta o alternativa a la indicada para el auxilio, no ha sido decidido ni controlado por el sujeto.

En este sentido, la omisión es un juicio valorativo de imputación o atribución a una conducta, entendida como disposición del sujeto respecto a la protección de un bien jurídico, que opera como sustrato de esa valoración.

### III. Exploración de una alternativa

#### 1. *¿Una aporía sin solución?*

Conviene precisar algo más las posiciones transcriptas ante la posibilidad de una aporía sin solución, aunque los autores citados crean haberla resuelto. Muy sintéticamente, si la omisión nada tiene que ver con la acción, si no hay una noción *ontológica*, como afirman los doctrinarios de marras, si la omisión es una estructura típica o se corresponde con la tipicidad, queda claro que la omisión no es acción.

Ahora, el delito es acción, típica, antijurídica y culpable. La acción es el supuesto o soporte al que califican las demás propiedades enunciadas; luego si no hay punto de partida, si no hay acción, desaparecen las propiedades que la convertirían en delito. En consecuencia, si la omisión no es acción, pareciera que no puede hablarse de una omisión, típica, antijurídica y culpable, o sea, la omisión no podría ser delito.

Tanto Zaffaroni como Silva Sánchez han hecho un gran esfuerzo para sortear esta pretendida contradicción. No queda claro, sin embargo, que lo hayan hecho con éxito.

El primero de los autores resuelve el problema alegando que el enunciado preceptivo es el que prohíbe realizar cualquier otra acción que no sea la individualizada en el tipo. El tipo omisivo debe ser circunstanciado e implicar una voluntad distinta de la voluntad realizadora de la conducta debida. Pero esto no significa que haya una relación de causalidad entre la acción realizada y el resultado típico; por el contrario, se trata de una relación de evitación, donde la acción mandada por la ley tiende a interrumpir un

proceso causal que desembocará en un resultado no querido por la norma. En definitiva, la norma valora algo relativo a la conducta. Toda norma versa sobre una conducta prohibida o sobre una conducta prescripta, castigando su no realización. Así, la omisión como estructura típica sigue estando vinculada de algún modo a la acción.

Para Silva Sánchez, por su parte, la omisión es, de algún modo, un juicio de imputación. Ese juicio exige como presupuesto una conducta real y efectiva. Al igual que en los supuestos de comisión, el sustrato o contenido material del enunciado típico que expresa la relación de omisión se encuentra en la conducta efectiva, real, que lleva a cabo el sujeto. En el tipo omisivo siempre hay algún tipo de conducta, por eso, como ya se dijo, no puede identificarse sin más con la falta de acción. La falta de acción no es omisión en sentido típico.

En definitiva, de un modo u otro, ambos autores toman a la acción como el presupuesto de la tipicidad o de la omisión como estructura típica. Desde el punto de vista de la denominada dogmática, la omisión se ubicaría a nivel del tipo, pero el sustrato imprescindible es la acción.

## **2. ¿Qué es la acción?**

### **2.1. Aclaraciones previas**

Previo a avanzar es necesario hacer algunas aclaraciones. La primera de ellas, como ya se dijo al principio, es que no pretendemos reelaborar aquí toda discusión penal en torno a la acción.

La siguiente es desconocer la posición que afirma que el Derecho supone una perspectiva interpretativa cuya valoración es exclusivamente de índole normativa. No es posible sin embargo abocarse aquí a este tema. Ello exigiría un análisis lindante con la metafísica, acerca del ser del Derecho, que excede ampliamente el objeto de estas líneas.

Sin entrar en tan honda cuestión, nos limitaremos a desarrollar la posición sobre la acción humana que se remonta a Aristóteles y que fue continuada por la tradición moral y jurídica occidental hasta su rechazo por la modernidad. Esquivando también otra discusión, y al solo efecto de indicar un claro momento de oposición a la tradición invocada, podríamos, por ejemplo, mencionar a Kant, al menos como uno de los principales sistematizadores de esa ruptura<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Nos limitamos en el texto a indicar un momento de síntesis y quizás de ruptura definitiva con la tradición. Si hubiera que enumerar precedentes de ruptura sería necesario

Acudimos a esa tradición por diversas razones. Una de ellas, aunque no la principal, es que Zaffaroni reconoce que de algún modo el concepto de acción por él admitido tiene sus raíces en la concepción aristotélica de la conducta. Otra, aunque no la admitamos, es que puede ser invocada dentro de la lógica propuesta por Silva Sánchez. Si el Derecho no supone una realidad con fundamento en el ser, sino que más bien sería una interpretación dependiente de la perspectiva de antijuridicidad que se asuma, no vemos por qué no partir de esta concepción o “perspectiva” de la conducta.

Más allá de entender que esta posición es verdadera en tanto se funda en la realidad, porque como se intentará demostrar, no repugna en nada a la razón, impide elaboraciones artificiales que en definitiva se fundan en una elección poco justificada y conduce a soluciones no arbitrarias. Buena parte de la denominada dogmática reconoce a la acción humana como presupuesto indispensable del que se predicen las propiedades que confieren a la conducta carácter delictivo.

No nos convence, por su parte, la actitud intelectual de tomar como punto de partida una explicación posible, aunque sin justificación suficiente de esa elección, y luego exigir como único criterio de validez cierta coherencia lógica con el punto de partida asumido. El fenómeno jurídico versa sobre bienes, y la pretensión humana respecto de ellos no es una mera hipótesis explicativa. En Derecho Penal está en juego nada menos que la libertad y la paz social. Luego, disponer del patrimonio o de la libertad de alguien con fundamento en una hipótesis y no en el esfuerzo de intelección y justificación de las cosas humanas, no puede ser un camino admisible.

“Todo esto es contrario al sentido común, al lenguaje cotidiano y a la verdad del ser y del Derecho. De hecho, tanto el sujeto como su conducta son una realidad independiente del dato normativo, porque constituyen aquello que indudablemente existe como base ineliminable de la experiencia jurídica. No es el Derecho el que constituye el sujeto jurídico, sino que el Derecho toma en cuenta que el sujeto humano con sus acciones es aquél que constituye el presupuesto insustituible del ordenamiento jurídico. Esto implica que la imputación moral es el fundamento de la imputación jurídica. El sujeto capaz de imputación moral, con sus acciones, intrínsecamente buenas o malas, justas o injustas, no está construido por el Derecho, sino que es un dato ontológico que le viene impuesto al Derecho”<sup>19</sup>.

---

remitirse al nominalismo de Ockham, al empirismo de Hume, o a las corrientes pactistas representadas por Locke, Hobbes y Rousseau, entre otros.

19 Ronco, M. (2013). Prólogo al libro de Félix A. Lamas, *El hombre y su conducta*. Colección Circa Humana Philosophia. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 11.

## 2.2. *Lo voluntario y lo involuntario*

Toda acción y elección parecen tender a algún bien, por esto se ha dicho con razón que el bien es aquello a que todas las cosas tienden. Así comienza la *Ética* a Nicómaco. Todo el que obra lo hace por un fin, que tiene razón de bien. La noción de fin importa necesariamente un fin último, término de todo el movimiento; caso contrario, se seguiría hasta el infinito y todo deseo sería vano y vacío.

En lo que toca a los actos, dirá Aristóteles que, si existe algún fin de ellos que queramos por él mismo y los demás por él, y no elegimos todo por otra cosa, es evidente que ese fin será lo bueno y lo mejor. Veamos más detenidamente esta cuestión. Comenzaremos por la noción de acto.

Si analizamos los términos de la expresión “acto humano”, podemos obtener una noticia bastante precisa de lo que designamos con ella. El diccionario de la lengua dice en la voz “acto”: tratándose de un ser vivo, movimiento adaptado a un fin; manifestación de la voluntad humana: acto de caridad; movimiento del alma hacia Dios; el diccionario remite a la voz “acción”, cuyas acepciones son: ejercicio de una potencia; operación o impresión de cualquier agente en el paciente.

En las acepciones transcritas podemos observar que la noción de acto implica cierta especie de movimiento. El movimiento solo es inteligible desde la consideración de un punto de partida y un término de reposo. El acto, entonces, será necesariamente cierto movimiento hacia un término. En la acción humana, el término se identifica con el objeto de la misma o, más aún, con el fin propio de la acción. Todo agente que obra, lo hace por un fin.

El adjetivo humano que predicamos del sustantivo acto posee también una referencia específica. Podemos mencionar aquí la distinción de los actos realizados por el hombre en: a) actos del hombre: dentro de ésta categoría debemos distinguir los actos meramente naturales, procedentes de las potencias vegetativas y sensitivas, que son comunes con los animales, v. gr., la nutrición, digestión, circulación de la sangre, el sentimiento de placer o dolor, etc., de aquellos actos que se realizan sin deliberación o voluntariedad. Estos últimos se destacan por la ausencia de racionalidad, como es el caso de los niños pequeños o los enfermos mentales, o porque falta la racionalidad al momento de realizar el acto, como acontece con quienes actúan dormidos, hipnotizados o embriagados; y b) actos humanos, que podemos definir como aquellos actos que proceden de la voluntad deliberada del hombre.

Estos actos son propiamente humanos porque está presente en ellos la nota especificativa que distingue al hombre del resto de los seres, a saber, la racionalidad. En la definición precedente se habla de acciones con voluntad deliberada, razón por la cual, también se llama a este tipo de actos “acto intencional”. Intencional significa, aquí, referencia a un objeto. Pero en

el hombre esa referencia no es una atracción ciega suscitada por el objeto que despierta un instinto, sino que es una referencia consiente en que el objeto, en tanto inteligible, es percibido por el hombre, que tiende o se siente atraído al conocimiento de la realidad. Por supuesto debemos distinguir los dos grandes ámbitos de la intencionalidad, que son el cognoscitivo y el apetitivo o tendencial. La realidad entonces en cuanto inteligible es objeto de la inteligencia que presenta a la voluntad la perfección que implica la existencia, lo que, a su vez, hace al objeto amable y, por lo tanto, apetecible por la voluntad.

Por su parte, se llaman voluntarios a aquellos actos cuyo principio está en el agente. Así, por ejemplo, son involuntarias las acciones que se hacen por fuerza, en tanto el principio del movimiento es exterior. Aquí cabe una aclaración. Hay en rigor dos actos de la voluntad, uno que es inmediato y propio suyo, el mismo querer, del que se dice, espirado; y otro que es imperado por la voluntad, pero ejercido por otra potencia, como por ejemplo caminar, moverse, etc.

El querer propiamente dicho no puede ser movido por fuerza alguna. “Y la razón de esto es que el acto de la voluntad no es más que cierta tendencia procedente del principio intrínseco cognitivo [...]”<sup>20</sup>. Los actos imperados, en cambio, sí son pasibles de violencia, en tanto el movimiento puede ser impedido por una fuerza exterior.

Pero para hablar de voluntario no alcanza con que el principio esté en el agente, porque de lo que se mueve por un principio intrínseco, unos se mueven a sí mismos y otros no. Se mueve a sí mismo aquél que tiene conocimiento del fin. De donde, el que obra por un principio intrínseco con noción del fin, tiene en sí mismo el principio para obrar y para hacerlo por un fin. El que, en cambio, no tiene noticia del fin, posee el principio de su movimiento, pero no el principio de su tendencia a moverse por un fin, sino que este principio está en otro que lo mueve al fin, como ocurre, por ejemplo, en los animales. Éstos se mueven al fin, pero sin advertir qué es fin.

Acto voluntario, entonces, es el que procede de un principio intrínseco y con conocimiento del fin. La voluntariedad es la cualidad formal del acto humano. Nos detuvimos en la noción de voluntario y sus implicancias porque Santo Tomás afirma que puede haber voluntario sin acto.

Explica el santo que lo que proviene de la voluntad puede ser de dos modos, directo o indirecto. El primer caso es el de la causa agente; el segundo, por falta de la operación respectiva. Como se verá, este segundo caso es el de la omisión. En el primer caso hay relación de causalidad entre el acto

20 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q 6, a 4, resp.

y el resultado. La voluntad, causa agente, mueve a obrar, y el acto se especifica por su objeto, que a la vez puede ser interior y exterior.

En la omisión, en cambio, las consecuencias de no obrar se atribuyen como causa al agente, por el hecho de no actuar, solamente cuando éste puede y debe obrar. “[...] así se atribuye al piloto el hundimiento de la nave, porque aquél deja de gobernarla [...] puesto que la voluntad queriendo y obrando puede, y a veces debe, impedir el no querer y el no obrar, tales omisiones de la acción se le imputan como si procediesen de ella”<sup>21</sup>.

En definitiva, si voluntariedad importa dominio del acto, somos tan dueños de obrar y querer como de no obrar y no querer. Pero aquí cabe una distinción ya señalada por Santo Tomás. En la simple omisión voluntaria basta que pueda omitirse una acción que se advierte como realizable, mas para que la omisión voluntaria resulte culpable, la acción omitida debe estar ligada al agente por una obligación, o sea, debe ser exigible al agente<sup>22</sup>.

Como ya vimos, en la doctrina penal, es habitual impugnar la identificación de acción y omisión o la posibilidad de un género común a ambas. Entendemos que esto se debe a una errónea, o al menos incompleta conceptualización del concepto de acción. En su caso, a la identificación exclusiva de la acción con la causalidad del resultado, a veces con una causalidad meramente instrumental. En esta perspectiva, la omisión es falta de acción y consecuentemente ausencia de causalidad entre omisión y resultado.

En cambio, si entendemos a la voluntariedad como cualidad formal del acto humano esa pretendida contradicción desaparece. La voluntad es causa eficiente de los actos humanos, activos y omisivos. Y en tanto hay voluntariedad en la omisión el resultado puede ser imputado al sujeto.

## IV. Conclusión

Nos propusimos aquí analizar la temática de los denominados delitos de acción por omisión. Recorrimos las objeciones principales y acudimos a los autores que se esforzaron por proponer una explicación exhaustiva que sorteara las objeciones planteadas.

A esta altura, podemos afirmar que, a pesar de las divergencias señaladas con los doctrinarios aquí citados, es posible, al menos en algunos casos, que en el análisis concreto de algún supuesto de omisión arribemos a soluciones similares.

<sup>21</sup> *Suma Teológica*, I-II, q 6, a 3, resp.

<sup>22</sup> Adviértase que en el texto se está hablando de la omisión en sentido moral con la finalidad de determinar en qué consiste la omisión como acto reprochable.



Entendemos que este extraño fenómeno se debe a que, en concreto, la realidad y sus exigencias se imponen a toda elaboración hipotética. Negar la existencia de daños provocados por la omisión voluntaria, en definitiva, por la denominada comisión por omisión, por la imposibilidad de ubicar una categoría en un esquema teórico, parece inadmisibile.

La ubicación de la omisión como estructura típica conduce a una aporía que entendemos no resuelta más allá del esfuerzo explicativo realizado por los autores mencionados. Si la omisión debe ubicarse en el tipo; si, a la vez, caracterizamos al delito como acción, típica, antijurídica y culpable; la omisión no es acción, luego no es delito.

No parece admisible la ubicación de la omisión solamente como una estructura típica desligada de la acción. No alcanza con afirmar que la acción es el supuesto material a ser valorado por la norma en el tipo. Silva Sánchez se acerca mucho, sin embargo, cuando afirma que la conducta es el sustrato material, en tanto conducta contrapuesta o alternativa que no ha sido decidida ni controlada por el sujeto. Esta última parte, la posibilidad de decisión o control por parte del sujeto, es la clave del asunto porque necesariamente conduce a la causa de esa posibilidad de control, la voluntariedad.

No obstante, más allá de la posible coincidencia en los resultados, nuestra objeción está en el fundamento de las conclusiones. Ello así porque en consonancia con el giro copernicano propio del criticismo, donde el conocimiento se reduce al sujeto, la imputación no es aquí la atribución de una conducta y su valoración al agente, sino el juicio del sujeto imputante.

Si miramos la denominada teoría del delito sucede algo similar. Por lo menos desde el siglo XIX a esta parte se admite pacíficamente que los elementos que conforman la noción de delito son la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Estas categorías han reemplazado progresivamente la noción de imputación y han ocupado su lugar. Pero el esquema sigue siendo el mismo, ya que la elaboración de estos elementos no siempre se hace mirando la realidad de la conducta y sus circunstancias, sino que se elaboran nociones que luego serán aplicadas a la conducta.

Inclusive si se observan las hoy denominadas corrientes funcionalistas que pretenden poner en crisis las mentadas categorías, se advertirá el mismo fenómeno. Por ejemplo, la denominada teoría del riesgo permitido es la elaboración de un ámbito desde el cual se evaluarán y calificarán las acciones.

La hoy denominada teoría del delito es, en su estructura, heredera de la noción de imputación de Kant. Así, en la actualidad, la noción de imputación y la misma noción de delito son un constructo, determinado o completado según quién elabore el correspondiente juicio de imputación.

Esta actitud intelectual desemboca, al decir de Ronco, en “[...] la abierta negación del ser, de lo verdadero, del bien y de lo justo y, consecuentemente

mente, en la reducción del sujeto humano a mero punto de referencia lógico del discurso científico, con la negación en él de todo aquello que es voluntad, operatividad real sobre el mundo y, en definitiva, de la finalidad intrínseca hacia el bien natural, a más que el sobrenatural. Lo que se predica del bien no sería verificable; por lo tanto, los argumentos propuestos para sostener la naturaleza del bien de una cierta realidad no tendrían sentido. El bien sería indefinible porque los juicios de valor dependerían de la voluntad y de la elección de cada individuo. Esta tesis aplicada al campo del Derecho excluye la posibilidad de juzgar las normas como justas o injustas, porque los juicios de valor normativo (es decir, de “validez”) dependerían exclusivamente de los actos de voluntad de aquellos que detentan el poder de producción normativa”<sup>23</sup>.

## Bibliografía

- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Hammurabi, 541 y 542.
- Donna, E. A. (2010). *Derecho Penal. Parte General. T. II*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 172.
- Righi, E. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 454.
- Ronco, M. (2013). Prólogo al libro de Félix A. Lamas, *El hombre y su conducta*. Colección Circa Humana Philosophia. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 11.
- Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q 6, a 4, resp.
- Silva Sánchez, J. M. (2020). *El delito de omisión, concepto y sistema*. Buenos Aires. Editorial BdeF.
- Vitale, G. L. (2018). *Dolo como actuar deliberado*. Buenos Aires. Hammurabi, 38 y 39.
- Welzel, H. (1951). *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires. Astrea, 18 y 19.
- Welzel, H. (1970). *Derecho Penal alemán. Parte General*. 11ª edición. Santiago de Chile. Jurídica de Chile, 237.
- Zaffaroni, E. (1997). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. EDIAR, 338.
- Zaffaroni, E. (2009). *Tratado de Derecho Penal, Parte General. T. III*. Buenos Aires. EDIAR, 83 y 84.

23 Ronco, M. Ob. cit., 9 y 10.