

Buján, Fernando

Fernando Buján fernandobujan@derecho.uba.ar
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Prudentia Iuris
Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos
Aires, Argentina
ISSN: 0326-2774
ISSN-e: 2524-9525
Periodicidad: Semestral
núm. 97, 2024
prudentia_juris@uca.edu.ar

Recepción: 23 Noviembre 2023
Aprobación: 14 Diciembre 2023

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/797/7974948003/>

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.97.2024.3>

Resumen: El derecho penal contemporáneo cuestiona la posibilidad de la realización de actos comisivos a través de la llamada acción omisiva, o, en otros términos, la comisión por omisión del resultado lesivo. Los autores que la aceptan, de todas formas, insisten en la necesidad de incorporar una cláusula de equivalencia que permita convertir los presuntos tipos penales activos de la parte especial de la ley penal, en tipos omisivos, pues sin ella, se violaría el principio de legalidad. En las páginas que siguen se intenta refutar esa posición, partiendo de que los sostenedores de esa postura conciben una única causalidad: la mecánica o mecanicista, y esto les impide concebir la posibilidad de la omisión como mero accidente del acto humano voluntario, sustancialmente único, que comprende tanto a la acción o acto positivo, como a la omisión o acto negativo.

Palabras clave: Acto humano, Voluntariedad, Causalidad, Comisión por omisión, Principio de legalidad, Cláusula de equivalencia.

Abstract: Contemporary criminal law questions the possibility of carrying out acts of commission through the so-called omissive action, or in other words, the commission by omission of the harmful result. The authors who accept it, however, insist on the need to incorporate an equivalence clause that allows converting the alleged active criminal types of the special section of the criminal law into omissive types, since without it, the principle of legality would be violated. In the following pages we will try to refute this position, starting from the fact that the supporters of this position conceive only one causality: the mechanical or mechanistic one, and this prevents them from conceiving the possibility of omission as a mere accident of the substantially unique voluntary human act, which includes both the action or positive act, and the omission or negative act.

Keywords: Human act, Willfulness, Causality, Commission by omission, Principle of legality, Equivalence clause.

COMISIÓN POR OMISIÓN Y CAUSALIDAD

1. Introducción

La discusión en torno de las imputaciones por omisión y, en particular, sobre la existencia o no de causalidad omisiva, ha sido tan extensa y reiterativa en el derecho penal, que cuesta mucho imaginar razones por las cuales algún lector se interese en leer las páginas que siguen. Y en efecto, no diré nada nuevo, pero sí

algo que no siendo nuevo sino antiquísimo, no lo recuerdan hoy ni siquiera los penalistas de mayor renombre. Quizás porque nunca lo han conocido. El derecho penal actual es predominantemente decimonónico y, como tal, ha levantado una suerte de frontera histórica en el siglo XIX, que es a la vez su único punto de partida. Algunos retroceden algo más y discuten a los “clásicos”, que para los alemanes de hoy son los racionalistas como Wolff o Leibniz, los empiristas como Hume o Locke y los idealistas desde Kant hasta Hegel. El exagerado e infundado –además de comprobadamente equivocado– optimismo de estos últimos parece haber arrojado un velo sobre el pasado de la historia del pensamiento: el hombre habría comenzado a pensar libre y maduramente recién en la ilustración y todo lo ocurrido con anterioridad no habría sido más que la niñez y adolescencia que necesariamente debía transitar para llegar a la adultez, tras la cual, y parafraseando a Kant, alcanzaría la paz perpetua[2]. No interesa aquí refutarlos, sino remarcar que su influencia fue tanta en los ámbitos académicos, que la sepultura que han hecho de siglos de historia del pensamiento perdura hasta hoy. Casi no se leen penalistas europeos que no fundamenten su derecho penal en el pensamiento de Kant o Hegel[3]. La autoproclamada “revolución copernicana” de Kant ha triunfado en casi todos los frentes académicos y, como toda revolución que se digne de tal, ha barrido con el pasado. También abrió las puertas a todo el idealismo posterior, y es así que, en materia penal, como reconoce Stratenwerth, predomina hace ciento cincuenta años la filosofía del derecho de Hegel y la escuela hegeliana que, además, ha hecho del delito una pura abstracción, sin ningún contenido de realidad[4].

El sistema de imputación que mayormente subsiste hasta la actualidad se originó a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX con la escuela causalista o clásica del derecho penal alemán, que se edificó sobre cimientos mecanicistas. También lo hizo la escuela neo-clásica aunque valiéndose ya no de la física natural moderna sino de la filosofía neo-kantiana. Y de alguna manera lo propio hizo el finalismo, que, aunque reincorporó la finalidad a la conducta humana, no logró desprenderse de las restricciones de la causa mecánica, y de ahí la dificultad en todos esos sistemas a la hora de fundamentar las imputaciones por omisión. Si la nada, nada causa –dicen–, luego en la omisión siempre faltará la causalidad (mas por el contrario, donde afirman la nada en realidad siempre hay algo).

Posteriormente, las tendencias normativistas y funcionalistas directamente resolvieron el problema de la causalidad en la omisión de una manera por cierto muy atractiva, sobre todo por lo cómoda: prescindiendo de ella. La imputación será a partir de entonces construida por el derecho penal sin ningún límite ontológico y de acuerdo a sus fines. La causalidad, si es que se la mantiene, será diseñada por el jurista a su gusto (o la sustituirá por algún eufemismo). Pero también construirá a su medida al acto humano, y en última instancia, al hombre mismo.

Sin embargo y como veremos, más allá de los presupuestos hegelianos de estos últimos sistemas y de su declarada aversión a las esencias o conceptos pre-jurídicos, terminan por elaborar reglas de imputación que no pueden soslayar del todo la naturaleza del hombre como causa espiritual o moral (aunque se resistan a utilizar especialmente el segundo de los términos) del acto y de sus consecuencias, a las que se llega tanto por acción como omisión.

Por último, trataremos una problemática si se quiere periférica al tema central de este trabajo, en que revisaremos las objeciones que se plantean a la llamada comisión por omisión, sobre todo cuando esta, según sostienen, no estaría escrita en la legislación penal.

2. Repaso de algunas posturas respecto de la causalidad en la omisión

A la escuela neo-clásica se opuso la destacada figura de Welzel, para quien el acto humano es siempre final[6]. No puede tenerse voluntad de nada. Quien aprieta un gatillo lo hace para matar, o para sentir el desplazamiento de su dedo sobre él, o con cualquier otro fin, pero siempre hay un fin al que se dirige el acto. Se reintroduce así, en cierto modo, la causa f

2.1. Causalismo y finalismo

En la dogmática penal contemporánea, el modelo de imputación que se utiliza en sus rasgos fundamentales desde comienzos del siglo XX hasta nuestros días, tiene su reconocido origen en el llamado sistema causalista –y mecanicista– que no vio en el actuar humano más que movimientos corporales y aunque en verdad aceptó la concurrencia de voluntad en el acto, vació a esa voluntad de finalidad.

Posteriormente, la segunda escuela causalista o neo-clásica que tuvo a Mezger por principal exponente, insistió en desconocer la finalidad, no ya apoyándose en la física mecanicista sino en presupuestos filosóficos neokantianos: el acto humano sería aquello que el penalista necesitaba que sea, con independencia de cualquier dato de la realidad, la que era a fin de cuentas definida o construida desde lo valorativo o jurídico (a ello dirá Zaffaroni que como el concepto de acción de los causalistas colisionaba con la realidad, en lugar de abandonar el concepto abandonaron la realidad)[5].

A la escuela neo-clásica se opuso la destacada figura de Welzel, para quien el acto humano es siempre final[6]. No puede tenerse voluntad de nada. Quien aprieta un gatillo lo hace para matar, o para sentir el desplazamiento de su dedo sobre él, o con cualquier otro fin, pero siempre hay un fin al que se dirige el acto. Se reintroduce así, en cierto modo, la causa final, una de las cuatro causas aristotélicas (formal, material, eficiente y final), que es aquella que, en rigor, pone en marcha toda la causalidad: por el fin se inicia la causalidad: como el carpintero tiene por fin construir una mesa para el comedor de su casa (causa final), la construye (causa eficiente), con madera (causa material) y le da la forma o modelo o esencia de mesa (causa formal). Así, el “finalismo” de Welzel es en verdad más causalista que el “causalismo” de Von Liszt y Beling[7].

Pero contra todas estas posiciones, se levantaron críticas en torno a la posibilidad de fundar, desde los puntos de partida de cada una de ellas, la causalidad. Para ello se ha recurrido incansablemente al axioma: la nada nada causa.

A quienes solo están acostumbrados a esta conceptualización mecanicista de la causalidad, les resultará seguramente sorprendente e incomprensible que, por ejemplo, ya Aristóteles enunciara sin hesitación alguna que el capitán de barco que deja de pilotear la embarcación causa el naufragio[8], lo que sostendrá y profundizará, comentando a Aristóteles, Santo Tomás de Aquino alrededor de un milenio y medio después[9]. Pero sobre esto volveremos más adelante.

Veamos también cómo la causalidad mecánica se enfrenta, debido a su restringida conceptualización, al problema de la regresión causal, debiendo recurrir al eufemismo –pues en la causalidad mecanicista lo es– de la llamada interrupción del curso causal. Rusconi dirá con razón que la causalidad –así entendida– en rigor no se interrumpe y que, en todo caso, si hay dos conductas sucesivas y la segunda explica en su totalidad la producción del resultado, entonces la imputación de ese resultado no puede retrotraerse a la primera conducta[10].

Ahora bien, ese problema, para la causalidad realista, es un falso problema y parte de un concepto desacertado de causalidad: el mecanicista. La primera conducta nunca ha sido causa de la segunda, por más que sea su antecedente y aun cuando esté ligada a ella “mecánicamente”. En todo caso, habrá dos series causales distintas: en el viejísimo ejemplo del carpintero del que se decía ser causa del adulterio en tanto fabricante de la cama (por lo cual había que resolver tal sinsentido recurriendo a la llamada “interrupción del curso causal”), en verdad, la conducta de aquél jamás puede ser causa del último efecto. Esta presunta aporía y su solución se ha recordado así: “No ignoréis el ejemplo de Aristóteles: ¿Debe concluirse que un hombre es asesinado por unos asaltantes porque ha comido alimentos demasiado salados? ¿Qué vínculos ligan esta causa a aquel efecto?: tal hombre ha tenido sed y, al dirigirse a la fuente para beber, los asaltantes, agazapados en la proximidad de la fuente, han aprovechado la ocasión para darle muerte. Hay pues una serie de causas y efectos [...] Tenemos aquí tres series causales: la primera va del alimento a la sed. En una segunda serie encontramos ante todo una condición: la falta de agua en la casa. Tenemos, por último, la tercera serie causal, en razón de la cual los malhechores se hallan apostados en tal rincón, lo cual depende, por ejemplo, del hecho de la tenaz persecución policial, etc. Todos los sucesos de cada serie causal tienen de consiguiente su causa dentro de su propia serie. Pero la coincidencia de un acontecimiento de una serie no tiene, como tal, causa alguna en el universo entero, es decir, no tiene una naturaleza, un agente natural que esté, en virtud de su estructura, previamente ordenada al hecho de la convergencia de estos tres acontecimientos”[11].

Lo mismo vale para el caso de aquél que atropella con su automóvil a un peatón causándole lesiones y al llegar la ambulancia al hospital con el accidentado, se produce ocasionalmente allí un incendio y aquél muere. Aquí hay una primera serie causal en que el conductor del automóvil causa las lesiones y una segunda serie causal en que el incendio causa la muerte. Cuando Rusconi dice: el segundo hecho explica totalmente la producción del resultado, está diciendo, con otras palabras, que ese hecho causó el resultado y no el primero.

En definitiva, al menos algunas de las problemáticas que se suscitan en materia de imputación y fundamentalmente en torno de la causalidad, parten precisamente del concepto que de esta se tenga. Pero el desarrollo posterior de la dogmática penal, en lugar de continuar los esfuerzos en el sentido de su correcta definición, ha decidido directamente prescindir de ella y construir la imputación al acto, por acción u omisión, recurriendo a formulaciones meramente jurídicas o valorativas.

2.2. Normativismo y funcionalismo

Jakobs inicia su parte general afirmando el quiebre de lo que llama la dogmática ontologicista, y con ello: “No solo los conceptos de culpabilidad y acción (y

muchos situados a inferior nivel de abstracción) a los que la dogmática penal ha atribuido siempre expresamente una esencia –o más descoloridamente– lógica-objetiva, pre-jurídica, se convierten en conceptos de los que no cabe decir sencillamente nada sin tener en cuenta la misión del derecho penal, sino que incluso el sujeto al que se le imputa se manifiesta como un concepto funcional”[12].

Es decir: el derecho penal pierde así toda referencia conceptual extra-jurídica, y construye sus propios conceptos en la medida de la función que se le atribuya, incluidos no solo los conceptos de acción y de culpabilidad, sino hasta el de sujeto. O sea: ahora un sujeto es lo que el derecho, sin apego alguno a lo real, dice que es. Y por supuesto, es aquello que necesita o quiere que sea según los objetivos que se le asignan al propio derecho.

Seguidamente, Jakobs es aún más explícito respecto de este punto: “Si se parte de la misión del derecho penal y no de la esencia (o de las estructuras) de objetos de la dogmática penal, ello conduce a una (re)normativización de los conceptos. En esta concepción, un sujeto no es aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable por este. Igualmente, los conceptos de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido pre-jurídico y se convierten en conceptos que designan grados de responsabilidad o incumbencia. Estos conceptos –incluido el de causalidad– no ofrecen al derecho penal modelos de regulación, sino que solo surgen en el contexto de las regulaciones de derecho penal”[13]. Pasado en limpio: los conceptos enunciados son construidos por el derecho penal: el método crea el objeto; desde el predicado o desde el proceso de valoración, se construye el sujeto u objeto de valor; no me subordino, por ejemplo, al objeto arma de fuego para conocerla como realidad externa a mí, sino que en el acto de conocimiento –o de normativización o valoración jurídica– la construyo. Y desde esa argumentación idealista, afirma que de ese modo desaparecen viejos problemas que la dogmática penal habría creado por no apartar la vista de la relación ontológica, y ejemplifica: “[...] sobre todo la oposición de delitos de comisión y de omisión se hace menos tajante; ambos se basan en responsabilidad por organización o en responsabilidad institucional”[14], y así los renombra.

Sin embargo, parece no poder escapar del todo de las “estructuras” pre-jurídicas, pues más adelante, y al tratar la distinción entre acción y omisión, dice que son ambas formas de comportamiento humano[15], pareciendo remitir, precisamente, a un concepto extra-jurídico.

A continuación, de ello trata la necesidad de construir un supra-concepto que abarque tanto a la acción como a la omisión –que previamente diferencié conceptualmente. Afirma que en las posiciones dogmáticas de fundamento ontológico esto era imposible pues si la omisión es lo contrario a la acción, luego, A no puede ser A y no A (principio de contradicción). Pero al abandonar el dato ontológico, está habilitado a construir ese concepto que ampare, por encima de ellas, a sus definiciones de acción y omisión. Dice textualmente: “[...] se puede formar un supra-concepto que en la respectiva diferencia de resultado evitable, abarque la comunidad entre actuar y omisión. Ejemplo: el que alguien cause evitablemente la muerte de otro, o no impida, de modo evitable (dolosa o imprudentemente), las condiciones suficientes, por otro origen ya existentes, la muerte, a pesar de la diferencia entre acción y omisión, coinciden en la diferencia

evitable entre las respectivas alternativas; se trata precisamente de la diferencia entre la vida y la muerte. Por expresarlo en una fórmula: conducta es evitabilidad de una diferencia de resultado”[16].

La misma búsqueda del llamado supra-concepto emprende Roxin. Primero, procura también él apartarse de cualquier concepto realista de conducta o acto humano, y por ende también del de causalidad.

Según Roxin: “[...] la unidad de la acción no es definida por un algo empíricamente pre-existente (ya sea la causalidad, la conducta voluntaria o la finalidad) y que estaría por igual en la base de todas las conductas punibles, sino solo por la identidad del aspecto valorativo: un hombre habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea como centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de un ‘hacer’ o ‘dejar de hacer’ y con ello de una manifestación de la personalidad”[17]. Aquí construye la base de la imputación común entre acciones u omisiones, recurriendo casi al pie de la letra a un enunciado de Hegel: “Los hombres tienen personalidad a través de su naturaleza espiritual”[18]. No obstante, la remisión a la “manifestación de la personalidad del sujeto” –sujeto naturalmente espiritual– se aproxima, seguramente sin buscarlo, a la doctrina realista de los actos, en la cual, el supra-concepto (para seguir con la terminología de los autores citados) que subsume tanto a la acción como a la omisión es el propio acto humano, que es, como tal, siempre acto moral (y espiritual). Así, el actuar positivo o acción y el negativo u omisión son predicados de un acto sustancialmente único, y se manifiestan tan solo como accidentes o circunstancias suyas. Veamos esto a continuación y en mayor detalle.

3. El supra-concepto y la causa moral

El supra-concepto que permite englobar tanto a la acción como a la omisión fue hallado hace ya mucho tiempo en la esencia del acto humano, esa esencia que tanto niegan los autores alemanes que repasamos, pero que en su negación y en la búsqueda de su reemplazo por una categoría solo jurídica a través de la cual fundamentar la imputación común, recorren caminos argumentales, por vías rebautizadas, que llevan a ese preciso y mismo lugar al que, decían, no querían llegar; ni siquiera aproximarse. Después de todo, como hace notar en la doctrina nacional De Lezica, si se define el delito como acción típica, antijurídica y culpable, se parte, por tanto, de que el delito es acción. Entonces, concluye el mencionado autor argentino, “o la omisión sobra, o hay que revisar el concepto de acción, o el de delito”[19]. Esa revisión, pensamos, debe recaer cuanto menos y, en primer lugar, sobre el concepto de acción o conducta.

Ahora bien, decir como hace Jakobs que conducta es evitabilidad de una diferencia de resultado, no revela ningún distinguo sustantivo a aquello que ya se ha dicho en términos menos confusos: somos dueños del obrar y de no obrar, querer y no querer[20] y ese dominio incluye la evitación del resultado, la que puede ser formulada semánticamente en todas sus variantes: el resultado naufragio puede ser causado hundiendo positivamente el barco (o se puede evitar el hundimiento no realizando ese acto positivo externo), o dejando de pilotarlo (o continuar haciéndolo, evitando así que se hunda). ¿Y por qué en ambos casos se imputa el resultado al agente? A ello Roxin, como vimos, responde: porque

tanto el actuar como el omitir suponen una manifestación de la personalidad del sujeto, y persona es centro espiritual de acción. Esto último también se parece demasiado a lo que cierta doctrina (que los autores alemanes y afines también llamarían ontologicista) denomina causa moral o causa espiritual. En lo que sigue intentaremos explicar con la menor cantidad de palabras posible por qué y cómo se fundamenta la imputación tanto de los actos positivos (acciones) como de los negativos (omisiones) al hombre y cómo este es causa moral o espiritual, razón por la cual los resultados le pueden ser atribuidos como obras suyas.

Como aclaración preliminar a lo que sigue, tomamos el siguiente concepto de causa: Aquello que real y positivamente influye en una cosa, haciéndola depender de algún modo de sí[21]. Veamos ahora cómo se manifiesta la causalidad en el acto humano.

Comencemos con un par de ejemplos: si un piloto de avión deja de tripularlo y de realizar las operaciones que debía llevar adelante en la cabina para lograr el arribo exitoso del vuelo y de ello se sigue que el avión cae, ni el más acérrimo penalista de la escuela clásica y mecanicista se atrevería a decir que la caída del avión fue causada por la fuerza de gravedad y no por el acto (negativo) del piloto, eximiendo a este de responsabilidad. De igual manera, nadie en su sano juicio atribuiría a una causa meramente orgánica la muerte de un bebé que ha quedado bajo el cuidado de su padre, quien dejó de alimentarlo e hidratarlo hasta dejarlo perecer.

¿Y por qué se razonaría que el hombre, en uno y otro caso, ha causado el resultado? Pues precisamente porque tanto en la cabina del avión como en el hogar, había allí un hombre, y no una máquina o mecanismo.

La estructura del acto humano en tanto voluntario (no lo que se ha dado en llamar mero “acto del hombre”, como por ejemplo aquello que acontece en su aparato digestivo tras ingerir un alimento) se ha integrado tradicionalmente de doce pasos, que algunos autores, por ejemplo, Welzel siguiendo a Hartmann[22], reducen a tres, y seguiremos aquí esa simplificación: primero selecciona el fin; en segundo lugar, los medios, y en tercer lugar da comienzo a la ejecución. El acto así entendido supone una finalidad, pero además una voluntad dirigida hacia el fin, y a su vez, esa voluntad presupone conocimiento, por eso se ha dicho que el voluntario cede no solo cuando una fuerza física externa mueve al sujeto a actuar involuntariamente sino, también, cuando actúa por error, que si es invencible, excluye la voluntariedad del acto (lo que en la dogmática actual se llama error de tipo).

Ahora bien, para que ese acto le sea precisamente imputable al hombre, es decir, para que pueda ser cargado a cuenta suya, debe partirse de una premisa que no necesita –ni habilita, en tanto principio– demostración, por lo evidente: el libre arbitrio. Sin desconocer las distintas fuentes de condicionamiento que pueden influir en el actuar, el hombre, por naturaleza, conserva algún margen, aunque sea mínimo, de libertad de elección. En este sentido, decía Zaffaroni en su viejo manual tras citar a Pío XII, que la afirmación de aquel Papa en cuanto a que el hombre se autodetermina no significa que no sufra influencias externas o internas, sino solo que tiene capacidad para superarlas[23]. Y en otro lugar de la misma obra: “Nuestra concepción antropológica rechaza de plano la pretensión de que el hombre está determinado, afirmando su posibilidad de elección y con ello su autonomía moral y su responsabilidad. Quien no puede elegir no

puede ser responsable de nada en ningún sentido. Pensar las consecuencias de que el hombre eludiese de este modo cualquier responsabilidad, nos muestra la aberración de esta concepción”[24].

El acto imputable es el acto libre, y este tiene por causa a la voluntad. Como se ha dicho: “El acto libre no es sin causa. Tiene por causa la voluntad y el motivo conjuntamente y está determinado por ello. Esta causalidad no es mecánica, huelga decirlo, es de un orden distinto, espiritual”[25]. Y también: “[...] la libertad es un principio, el primer término de una serie causal”[26].

En el principio está la libertad, que no es lo mismo que la causa, así como el alba es principio del día pero no es su causa. La causa aparece sí, cuando el sujeto libremente actúa. Por eso, y si bien en el delito, pueden identificarse las cuatro causas que referimos más arriba, en el acto humano, justamente porque se trata de un hombre y no por ejemplo de una semilla de la que se genera un árbol. El hombre “es entonces causa moral y no solamente material de sus acciones”[27]. Además, ese acto se especifica por su objeto, y se dirige al bien. Lo que ocurre es que el bien puede ser real pero otras veces tan solo aparente. Hay quien, por ejemplo, cree que es un bien matar a su vecino porque ya no tolera sus ruidos molestos. Se trata, este, de un bien aparente, es decir, que se aparece al actuante como bien, sin serlo. La dirección del acto en cuanto al bien o a su ausencia es lo que le asigna el carácter moral. Por eso, todo acto humano (voluntario) es un acto moral.

Por si acaso, debemos aclarar que no todo acto contrario a la moral es un acto de relevancia jurídico penal. Lo es matar al vecino, pero no lo es en sentido jurídico-penal el tan solo desear su muerte. También es un acto reservado al ámbito de la moral aquel que nace de una mala intención pero de la que se deriva un bien mayor, o un acto justo objetivo, como cuando quien arroja una piedra con intención de dañar la propiedad ajena, rompe una ventana y así, y sin siquiera preverlo, salva la vida del morador que se encontraba encerrado a punto de morir por una pérdida de gas. La moralidad del derecho es parcial, por tanto, supone un espacio de amoralidad, un ámbito en que derecho y moral ya no se superponen y que queda exclusivamente reservado al juicio moral y no penal. De ahí que la moralidad (o amoralidad) del derecho, lejos de fundamentar mayores espacios de punición, termina por impactar a modo de limitante.

Volviendo, ahora sí, sobre el acto humano, es ontológicamente aquel buscado “supra-concepto” o más bien aquella realidad que abarca tanto la acción como la omisión, en tanto acto libre y moral, es decir, puede ser positivo o directo y negativo o indirecto. El primero, cuando el navegante causa activamente el naufragio; el segundo, cuando lo causa por dejar de tripular la nave. En ambos casos, si hay una decisión libre del agente, que tuvo en su poder tanto el actuar como el no hacerlo, el resultado naufragio se le imputa a aquel como su causa espiritual o moral. Más aún, en la decisión de no actuar, puede verse también un acto positivo. La expresión no querer “puede tener un sentido positivo equivalente al infinitivo del verbo ‘no quiero’, y así, cuando digo: ‘no quiero leer’, el sentido es: ‘quiero no leer’”[28].

Por lo tanto, lo positivo y negativo del acto humano voluntario es accidental a la substancia de este, es decir, se cuenta entre las circunstancias o elementos accidentales del acto (quién, qué cosa, dónde, con qué medios, por qué, cómo y cuándo). El hombre, ejemplificando una vez más con el delito de

homicidio, puede causar la muerte de otro tanto activamente (por acción) como negativamente (por omisión), pues siendo la naturaleza del hombre no solo material sino también espiritual y sus actos libres actos morales, la causalidad de ese actuar no es solo mecánica o material, sino espiritual o moral.

4. La posición de garantía como acto positivo externo

Dijimos más arriba que cuando se dice que la nada, nada causa, en realidad siempre hay allí algo, al menos en los acontecimientos significativos para el derecho penal. Y fundamentalmente, lo que hay es un hombre con toda su libertad de acto, e identificamos allí, y por eso mismo, la causa moral o espiritual, algo tal vez parecido a lo que Roxin llama imputación al hombre como centro espiritual de acción, parafraseando a Hegel.

Quedó también demostrado cómo en el acto negativo hay precisamente un acto (de cierta positividad) en la decisión de no actuar del sujeto. Pero aun cuando se insista en que no alcanza con la presencia de un acto meramente interno para vincular esa actividad anímica con el resultado producido, o de otro modo, que debe verificarse alguna conducta o acto externo para poder legitimar la imputación causal del resultado en la llamada comisión por omisión, ese acto externo creemos poder encontrarlo en la posición de garantía en la que el sujeto se ha colocado y que lo obliga al cuidado del bien jurídico y a la evitación de su lesión.

Se dice generalmente que las fuentes de esa posición de garantía son: la conducta precedente del sujeto, la ley y el contrato. En rigor, en los dos últimos dos casos, más allá de la fuente legal o contractual que obliga al sujeto, normalmente este también ha realizado una conducta anterior y próxima al acontecimiento que derivó en el resultado, por ejemplo, muerte. Ese actuar precedente podría ser un sustrato común a toda fuente de posición de garantía. Veamos esto con algunos ejemplos. El padre que deja morir a su hijo no alimentándolo, más allá de haber estado obligado a alimentarlo por ley, se ha colocado él positiva y externamente en una situación en la cual el niño depende únicamente de él para subsistir, por ejemplo, si se encuentra en la morada del padre, junto a este. Aquel ingresó en la tenencia de su hijo y lo llevó al sitio colocándolo a su vez en situación de desamparo en caso de desentenderse de su cuidado.

Lo mismo puede decirse de la enfermera que tiene a su cuidado a un paciente. Si bien se ha obligado contractualmente a la atención de aquél, necesariamente debió positiva y externamente dar su conformidad para asumir la responsabilidad contractual pero, además, ingresó a la habitación del hospital quedando a su cargo, por hipótesis, el reemplazo del suero y la medicación suministrada al internado por vía intravenosa.

En estos casos, y en cualquier otro análogo, puede desempeñar además un rol importante la instancia subjetiva. Si tanto en un ejemplo como en el otro, el dolo ya existía al tiempo en que el padre lleva al niño a su casa, o la enfermera ingresa a la habitación sabiéndose el uno y la otra la única fuente de asistencia del sujeto pasivo, la verificación de la causalidad aún en términos de la dogmática más moderna es más simple de afirmar, quizás porque, en rigor, se está más bien en presencia de un acontecimiento activo visto en su totalidad, que de uno omisivo.

Si se acepta lo anterior, la diferencia estaría dada ya solamente en el ámbito de lo subjetivo, es decir, cuando el dolo homicida hace su aparición en el sujeto activo con posterioridad. Esto es, cuando el padre ya se encuentra a solas con su hijo, o la enfermera con el paciente. Pero aceptado ello, de todos modos, el problema queda ahora reducido a lo interno del sujeto, debiendo aceptarse, por tanto, la existencia del acto externo positivo y previo del que hablamos en el párrafo anterior. Por lo demás, segmentar ese suceso en un acto anterior y en otro posterior solo en virtud del momento de surgimiento de la voluntad homicida, implica en alguna medida fraccionar una única realidad o acontecimiento. No se explica el dolo homicida jurídico penalmente relevante y vinculado con el resultado muerte, sin la presencia previa en el lugar del agente, como exclusivo garante de la supervivencia del bien jurídico.

Deberá, por lo tanto, admitirse que la causa del resultado muerte, objetivamente hablando, está en la situación en que se coloca el sujeto como garante (acto positivo externo) más la decisión de no actuar, pudiendo hacerlo (acto positivo interno).

La frontera entre el acto como acción y el acto como omisión, analizando los hechos en su conjunto, queda en no pocas ocasiones desdibujada o cuanto menos resulta difícil de delimitar.

Y así podrían sumarse algunos otros ejemplos: quien conduce un automóvil y atropella a alguien, ¿realizó la acción de acelerar o la omisión de frenar?; el padre que jugando con su hijo lo toma en brazos y lo arroja hacia lo alto para atraparlo al caer una y otra vez, hasta que en una de esas ocasiones no lo sostiene y el niño se lesiona al caer al suelo, ¿realizó ese padre la conducta de arrojar al niño o la omisión de sostenerlo? Y pueden darse más ejemplos, pero por ahora alcanza con lo dicho.

5. Comisión por omisión versus legalidad, proporcionalidad y congruencia

Tratamos ahora puntualmente de la comisión por omisión o bien de la llamada omisión impropia presuntamente no escrita. Ello así, la nota distintiva de la omisión impropia sería la exigencia de posición de garantía en el agente, y esta puede estar ya prevista en la ley, por ejemplo, en el artículo 106 de nuestro Código Penal, o no, es decir, que se construya como una suerte de contracara del tipo presuntamente escrito como activo. Esto último es la comisión por omisión, por ejemplo, de un homicidio (art. 79 del CP).

A esta comisión por omisión u omisión impropia pretendidamente –insistimos– no escrita en la legislación penal especial, suelen oponerse al menos tres objeciones de rango supra-legal: que viola el principio de legalidad; que viola el principio de proporcionalidad, y también, y en ciertos casos, que puede implicar una violación al principio de congruencia (y, por ende, afectar el derecho de defensa). Veamos las objeciones y las posibles respuestas.

a. Legalidad. Si se afirma que, por ejemplo, cuando el artículo 79 del Código Penal dice “el que matare a otro”, se refiere necesariamente a un acto externo activo en su sentido más elemental, entonces, el homicidio en comisión por omisión no estaría legislado y, por ende, su construcción e imputación por

vía jurisprudencial resultaría inconstitucional por violatoria del principio de legalidad.

Zaffaroni, integrando la Corte Suprema de Justicia la Nación, expuso su postura ya sostenida en su obra de parte general, de completa oposición a la posibilidad de la conversión de tipos activos en omisivos, aun mediante la inclusión de una cláusula que establezca las condiciones para ese proceso, en la parte general de la legislación penal[29]. En primer lugar, sostiene que se pretende establecer un sistema similar al de un número abierto de tipos culposos. Pero así como tal sistema no rige para los tipos culposos, pues entre ellos se cuentan solo los legislados positivamente, también debe predicarse esto de los omisivos: solo hay omisiones punibles allí donde el legislador las incorporó expresamente. En ese sentido, por ejemplo, el homicidio a través de la omisión, siempre según el autor argentino, no está comprendido en el artículo 79 del Código Penal ni en ningún otro lugar de la legislación penal, viola el mandato de ley previa.

En esa misma línea razona que si el legislador quisiera incorporar más tipos omisivos podría hacerlo y que no se trataría de una actividad de gran magnitud, pues no son tantas las conductas típicas que receptorían la forma omisiva.

Tampoco se conforma con la inclusión de una cláusula de equivalencia a la manera del artículo 11 del Código Penal español o del artículo 13 del Código Penal alemán. Según Zaffaroni: “Que en la ley argentina 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”.

En primer lugar y respecto de la suposición de que en los tipos penales que admitirían la llamada comisión por omisión, esa forma omisiva no está descripta en el texto legal, ya vimos que cuanto menos puede controvertirse. La norma que sanciona el homicidio dice “el que matare a otro”, y ya vimos que ese acto, o bien, la conducta típica allí descripta, puede ser llevada adelante mediante un acto positivo como mediante uno negativo. Y que incluso, en la omisión, la muerte también es causada. Si debe subsumirse el acto negativo en el tipo del artículo 79 (y art. 80 inc. 1º) o en el del artículo 106 (3er párrafo) del Código Penal, es un problema de parte especial, y que según nuestra opinión se resuelve poniendo la atención no solo en las circunstancias objetivas del caso, sino especialmente en las subjetivas: si el dolo del padre que deja morir a su hijo por inanición se dirigió al resultado homicida, entonces habrá un homicidio en comisión por omisión. La posibilidad de ver allí un abandono de persona seguido de muerte se dificulta por la descripción misma del caso, pues el padre debió actuar solo con dolo de abandonar a su hijo para que pueda subsumirse la conducta en el tipo del artículo 106 (mas su agravante por la producción del resultado fatal). Podría darse esto último, por ejemplo, si el padre simplemente se retira del lugar en que se encuentra su hijo, dejando la puerta abierta. Pero no, insistimos, si quiere la muerte del niño y permanece allí pasivamente hasta que esta acaece.

Dijimos también que el citado autor se opone a la solución de la presunta problemática mediante la inclusión de una cláusula de conversión en la parte general de la legislación penal, toda vez que supondría la habilitación a la analogía in malam partem. Respecto de esto, desde luego que si pensamos que la norma que dice, por ejemplo, no matar, dice solo eso y no en cambio “no matar activamente”, se prevé allí tanto el acto positivo como el negativo, esto

es, que incluye la llamada comisión por omisión. De eso se deriva que pensamos innecesaria la incorporación de la cláusula general de conversión, precisamente porque no hay nada que convertir. Pero aun cuando la interpretación sea otra, no parece tampoco acertado que tal cláusula o norma importe la aludida analogía *in malam partem*. En todo caso, la especificación de la posición de garantía y sus fuentes, como requisito típico, no haría más que completar la descripción de la parte especial, del tipo penal de que se trate, si es que se lo entiende incompleto. Entonces, y a modo de ejemplo, la norma que sanciona la conducta “convertible” deberá ser leída incorporando que también será penado el que no evite el resultado encontrándose en posición de garante. Que este agregado se incluya como texto en la parte general, y no en cada uno de los tipos penales, responde a una cuestión meramente metodológica.

b. Proporcionalidad. Se afirma que, en todo supuesto, omitir “vale menos” que actuar. En otras palabras, que los actos negativos revelan siempre un menor contenido de injusto que los actos positivos. Incluso se afirma esto objetivando el problema y sosteniendo que el bien jurídico que se enfrenta a una situación omisiva, por ejemplo, de socorro, tiene mayores chances de supervivencia que si, por el contrario, es lesionado activamente. Caso hipotético: quien se adentra nadando al mar y por algún motivo no puede retornar a la costa, tendrá más posibilidades de salvar su vida ante la pasividad del bañero, si más no sea realizando movimientos corporales espontáneos o recibiendo la ocasional ayuda de un tercero, que si el bañero dispara sobre su sien un arma de fuego.

En el último caso podría aceptarse el argumento, aunque difícilmente pueda predicarse a priori que tendrá más chances de salvar su vida; la posibilidad de la intervención de un tercero no existirá si no hay absolutamente ninguna persona cerca o con posibilidad de acercarse, por fuera de la persona del bañero. Pero más allá de este caso o de algunos otros que puedan sustentar la posición reseñada, lo cierto es que pueden pensarse otros en los cuales la supuesta omisión, lejos de revelar un menor contenido de injusto, puede ostentar uno mayor. Ejemplo: un padre se encuentra al cuidado de su hijo de meses de edad. Decide darle muerte, delibera sobre los medios para alcanzar ese resultado y se le ocurren dos posibles: dispararle con un arma de fuego (acto positivo u acción), o no procurarle alimentación ni hidratación (acto negativo u omisión). Opta por el segundo y así la muerte del niño se produce más lentamente y con mayor sufrimiento para este. ¿Es ese, entonces, un ilícito “menos grave”? Nos parece que no.

Pero volvamos incluso al ejemplo del bañero. Este se encuentra en posición de garantía, y en base a ello, el bañista ingresa al mar confiando en la actuación de quien tendrá a su cargo, en caso de ser necesario, la obligación de socorrerlo. Al no hacerlo, el bañero abusa de la confianza del bañista, pudiendo encontrarse allí un motivo adicional para elevar la gravedad del injusto. En el caso anterior, seguramente al padre, también garante, le fue confiada la guarda del niño confiando también en que cumpliría con su deber legal paterno-filial. Esa confianza o expectativa también resultó traicionada.

En síntesis, que el acto negativo constituya un ilícito menor que el positivo es algo accidental, cuya afirmación dependerá del caso concreto y de sus circunstancias. De ahí, probablemente, que el legislador alemán al incorporar la cláusula de equivalencia en la parte general del Código Penal, haya dejado abierta

la posibilidad de mudar la escala penal a una reducida, pero solo con carácter facultativo[30] y, por tanto, no para todo el universo de casos posibles.

c. Congruencia. En rigor, se trata de los casos en que, sobre todo, se modifica la calificación desde una conducta activa hacia una omisiva, o lo inverso. Por ejemplo, en el fallo “Antognazza” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[31], Zaffaroni advierte en su voto no solo la problemática ya apuntada en torno de la omisión impropia no escrita, sino la violación al principio de congruencia y, por ende, al derecho de defensa, al haberse mudado la subsunción típica desde el tipo penal de abandono de persona seguido de lesiones, al de lesiones (en comisión por omisión).

En rigor, más que un problema específico de la comisión por omisión se trata de un problema de afectación al derecho de defensa en juicio, por vía indirecta, a través de la afectación al principio de congruencia, como cuando explícitamente se modifica la descripción del hecho imputado; o directa, cuando se producen ciertos cambios de calificación legal, es decir que aun cuando se sostenga que si la plataforma fáctica fue informada en iguales términos en todos los actos procesales relevantes queda así incólume la congruencia o simetría procesal, no obsta ello a que se afecte el derecho de defensa ante el mero cambio de calificación. Es entonces el cambio de calificación legal, más allá de que un tipo penal sea, como se dice en el caso jurisprudencial dado, activo (lesiones) y el otro omisivo (abandono de personas), el que impacta sobre el derecho de defensa. Esto no se daría en todas las hipótesis de mudanza de la significación legal, tal como ocurre en los supuestos de los llamados delitos menores incorporados. Allí, a nuestro juicio, la defensa difícilmente pueda demostrar agravio alguno. Por ejemplo, si se lleva adelante todo el proceso por robo y se termina condenando por hurto; o bien, cuando se juzga un hecho consumado, pero resulta sentenciado como tentado.

6. Conclusión

El acto humano tiene como causa la voluntad, y es voluntario en tanto libre. La dimensión espiritual del hombre importa que en su actuar se da una causalidad que no solo es material sino también espiritual o moral. En ese ámbito de libertad en que el sujeto voluntariamente actúa, tiene en su poder tanto el actuar como el omitir hacerlo. De ahí que, como dijimos más arriba, el supra-concepto o realidad sustancial es el propio acto humano, y la modalidad en que este se manifiesta, es decir, si lo es en forma positiva (acción) o negativa (omisión) es un elemento meramente circunstancial o accidental. Esas circunstancias o accidentes del acto son las que la ley penal argentina prevé en el artículo 41 del Código Penal. La consecuencia entonces, en materia de la medida del reproche y, por ende, de la pena en función de si el acto causó el resultado positiva o negativamente, encuentra previsión legislativa en esa norma, y será más o menos reprochable precisamente atendiendo a las circunstancias allí previstas, que se pueden reconducir sin ninguna dificultad a las enunciadas clásicamente: quién, qué cosa, dónde, con qué medios, por qué, cómo y cuándo. No se requiere, a nuestro juicio, de ninguna otra norma que permita, por ejemplo, responsabilizar por homicidio a quien debía y tenía en su poder evitar la muerte.

Y concluimos en este el último párrafo, con la convicción de haber cumplido aquello que anunciamos en el primero: la renuncia a toda pretensión de

originalidad. Después de todo, como se dice desde muy antiguo pero hasta nuestros días: no hay nada nuevo bajo el sol. O más en extenso: “¿Qué es lo que fue? Lo mismo que será. ¿Qué es lo que ha sido hecho? Lo mismo que se hará; y no hay nada nuevo bajo el sol. ¿Hay algo de que se puede decir: He aquí esto es nuevo? Ya fue en los siglos que nos han precedido”[32].

Bibliografía

- Aristóteles. *Metafísica*, V 2, 1013b, 10-15.
Aristóteles. *Política*, 1264a, 16.
De Lezica, M. J. R. “¿Hay delitos de omisión? Un malentendido pendiente”. *Prudentia Iuris*, N. 93, 2022, 231-248.
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Rechts-, Pflichten- und Religionslehre für die Unterklasse*, edición bilingüe. Buenos Aires: Biblos, 2010, 58.

Bibliografía

Bibliografía

- Aristóteles. *Metafísica*, V 2, 1013b, 10-15.
Aristóteles. *Política*, 1264a, 16.
De Lezica, M. J. R. “¿Hay delitos de omisión? Un malentendido pendiente”. *Prudentia Iuris*, N. 93, 2022, 231-248.
Eclesiastés 1, 9-10.
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Rechts-, Pflichten- und Religionslehre für die Unterklasse*, edición bilingüe. Buenos Aires: Biblos, 2010, 58.
Jakobs, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 1997, 22.
Kant, Immanuel. *Zum ewigen Frieden*. Ditzingen: Reclam Verlag, 2022.
Marini, Pablo. *Apuntes de filosofía*. Buenos Aires: Universidad Libros, 2006, 94.
Maritain, Jacques. *Siete lecciones sobre el ser*. Buenos Aires: Desclée de Brouwer, 1943, 207 a 209.
Pawlik, Michael. *Ciudadanía y Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2016.
Ronco, Mauro. “La imputación del hecho ilícito penal”. En *Ius Publicum*, n° 28, 2012, 176.
Roxin, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Auflage. Verlag: München, C.H. Beck, 1997, 155.
Rusconi, Maximiliano. *Derecho Penal. Parte general*, 3ª edición. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, 433 y 434.
Stratenwerth, Günter. *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 4., völlig neu bearbeitete Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2000, 73 y 79.
Tomás de Aquino, S. *Suma teológica*, 1-2 q.6 a.3.
Verneaux, Roger. *Filosofía del hombre*. Barcelona: Herder, 1975, 191.
Welzel, Hans. *Kausalität und Handlung*, en *ZStW*, 51 (1), Jan 1, 1931, 705.
Welzel, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2011, 28 y ss.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar, 1997, 285.

Notas

Notas bibliográficas

[24] *Ibid.*, 45.

[1] Aristóteles, *Política*, 1264a, 16.

[2] Cfr. Kant, Immanuel, *Zum ewigen Frieden* (Ditzingen: Reclam Verlag, 2022).

[3] Algunos ejemplos: Roxin parece reclamar a Mezger no haber llevado sus puntos de partida filosóficos neokantianos hasta sus últimas consecuencias, en Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Auflage (Verlag: München, C.H. Beck, 1997), 155; Jakobs reconoce que su teoría de la pena en poco se diferencia de la de Hegel, cfr. Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General* (Madrid: Marcial Pons, 1997), 22. En Pawlik las referencias y adhesiones a los postulados de la filosofía del derecho de Hegel son recurrentes, cfr. Pawlik, Michael, *Ciudadanía y Derecho Penal* (Barcelona: Atelier, 2016).

[4] Cfr. Stratenwerth, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 4., völlig neu bearbeitete Auflage (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2000), 73 y 79.

[5] Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediar, 1997), 285.

[6] Ya en Welzel, Hans, *Kausalität und Handlung*, en *ZStW*, 51 (1) (Jan 1, 1931), 705.

[7] Sobre el sistema causalista y el concepto causal de acción de Liszt y Beling ver, por ejemplo: Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 3 (Auflage: München, Verlag C. H. Beck, 1997), 187 a 189.

[8] Aristóteles, *Metafísica*, V 2, 1013b10-15.

[9] Tomás de Aquino, S., *Suma teológica*, 1-2 q.6 a.3.

[10] Cfr. Rusconi, Maximiliano, *Derecho Penal. Parte general*, 3ª edición (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016), 433 y 434.

[11] Maritain, Jacques, *Siete lecciones sobre el ser* (Buenos Aires: Desclée de Brouwer, 1943), 207 a 209.

[12] Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General* (Madrid: Marcial Pons, 1997), IX.

[13] *Ibid.*, IX/X.

[14] *Ibid.*, X.

[15] *Ibid.*, 175.

[16] *Ibid.*, 177.

[17] Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Auflage (München: Verlag C.H. Beck, 1997), 169.

[18] En alemán: “Die Menschen haben durch ihre geistige Natur Persönlichkeit”. Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Rechts-, Pflichten- und Religionslehre für die Unterklasse*, edición bilingüe (Buenos Aires: Biblos), 58.

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

[20] Tomás de Aquino, S., *Suma teológica*, 1-2 q.6 a.3.

[21] Cfr. Marini, Pablo, *Apuntes de filosofía* (Buenos Aires: Universidad Libros, 2006), 94.

[22] Cfr. Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2011), 28 y ss.

[23] Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediar, 1977), 229 y 230.

[24] *Ibid.*, 45.

[25] Verneaux, Roger, *Filosofía del hombre* (Barcelona: Herder, 1975), 191.

[26] *Ibid.*

[27] Ronco, Mauro, “La imputación del hecho ilícito penal”, en *Ius Publicum*, n° 28 (2012), 176.

[28] Tomás de Aquino, S., *Suma teológica*, 1-2 q.6 a.3.

[29] CSJN, “Rosas, Romina Mariela y otros s/ homicidio calificado”, sentencia del 20 de agosto de 2014, voto en disidencia.

[30] Código Penal alemán, § 13: “Comisión por omisión. (1) Quien omite evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, solo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produzca, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción. (2) La pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso 1°”.

[31] CSJN, “Antognazza, María Alexandra s/ abandono de persona calificado”, causa n° 19143/2003, voto en disidencia, sentencia del 11 de diciembre de 2007.

[32] *Eclesiastés* 1, 9-10.