



Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinario (2024), pp. 269-284
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Los tres usos de la palabra omisión en el derecho penal: Reflexiones iniciales sobre la disolución entre acción y omisión a la luz de la filosofía del lenguaje

The three uses of the word omission in criminal law: Initial reflections on the dissolution between action and omission in the light of the philosophy of language

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Sumário: 1. Introducción. 2. Omisión propia. 3. Omisión impropia (comisión por omisión). 4. La estructura típica de los delitos omisivos (propios e impropios). 4.1 Situación típica (peligro). 4.2 La no realización de la acción requerida por el tipo. 4.3. Capacidad individual de acción. 4.4 La imputación objetiva del resultado. 4.5 Posición de garante. 5. El debate sobre la posición de garante. 5.1 El criterio formal. 5.1.1 La obligación legal de cuidado, protección o vigilancia. 5.1.2 La Asunción de responsabilidad de impedir el resultado. 5.1.3 Comportamiento anterior criador del riesgo de resultado (injerencia). 5.2 Críticas al criterio formal. 5.3 Criterio material. 5.3.1 Dominio sobre el desamparo del bien jurídico (posición de garante de protección o custodia). 5.3.2 Dominio sobre el foco del peligro (posición de garante de vigilancia o aseguramiento). 6. Los tres usos de la palabra omisión en derecho penal. 6.1 El primer uso lingüístico de la expresión omisión: en los delitos de acción. 6.2 El segundo uso lingüístico de la expresión omisión: en los propios delitos de omisión. 6.3 El tercer uso lingüístico de la expresión omisión: en los delitos de omisión impropia. 7. Conclusión. 8. Referencias bibliográficas.

Resumen: El presente artículo tiene por objetivo – además de hacer una explosión panorámica sobre a situación actual de la omisión – también iniciar una reflexión crítica sobre los efectos que la filosofía del lenguaje tiene en la distinción entre acción y omisión en Derecho Penal, propugnando la disolución de esta diferencia, así como defendiendo que la omisión puede tener tres usos en Derecho Penal.

Palabras clave: Derecho Penal. Acción. Omisión. Filosofía del Lenguaje. Teoría de la Acción Significativa.

¹Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide. Máster en Criminología y Ciencias Forenses por la misma Universidad. Fue investigador visitante en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Es Profesor del Máster de la Universidad Estatal de Ponta Grossa y Profesor del Programa de Doctorado en Ciencias Penales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad San Carlos de Guatemala. Es Fiscal del Ministerio Público del Estado de Paraná (Brasil).

Abstract: The purpose of this article – in addition to providing a panoramic overview of the current situation of omission – is also to initiate a critical reflection on the effects that the philosophy of language has on the distinction between action and omission in Criminal Law, advocating the dissolution of this difference, as well as defending that omission can have three uses in Criminal Law.

Keywords: Criminal law. Action. Omission. Philosophy of Language. Theory of Meaningful Action.

1. INTRODUCCIÓN

En Derecho Penal existe una distinción tradicional que divide los delitos omisivos en dos modalidades: la omisión propia y la omisión impropia. Esas modalidades comparten una estructura típica común, pero tienen también distinciones en la configuración del tipo penal.

En este trabajo, busco compartir reflexiones iniciales, con base en las perspectivas de la filosofía del lenguaje y en la teoría de la acción significativa, de Vives Antón, señalizando que las clasificaciones que tenemos por omisión, en verdad, pueden ser dividida en tres modalidades (los tres usos distintos de la palabra omisión).

Antes de entrar en ese debate, sin embargo, pretendo hacer una contextualización bastante panorámica sobre la omisión, exponiendo las principales características de la omisión propia y impropia, para, entonces, entrar en el debate arriba indicado.

2. OMISIÓN PROPRIA

Los delitos omisivos propios son los cuales en que existe un tipo penal específico, que incrimina un determinado no hacer. El delito prevén las conductas omisivas suficientes para la caracterización del tipo objetivo.

Esos delitos describen un deber jurídico, una acción que es impuesta a todas las personas, poco importando su calidad personal. Esos delitos son de mera conducta (o, más precisamente, de mera inactividad), una vez que su configuración típica ocurre con la simple no realización de la acción determinada. No hay, por lo tanto, vinculación con un resultado naturalístico. La incriminación por omisión propia, desde una perspectiva subjetiva, ocurre normalmente a título de dolo, no existiendo normalmente la punición por imprudencia (aunque eso sea teóricamente posible)².

La conducta impuesta al agente – lo que debe hacer para no cometer el delito – viene descrita de forma explícita en el tipo penal³.

El principal ejemplo de omisión propia en el Derecho Penal brasileño – a ejemplo de lo que ocurre en otros países – es el delito de omisión de socorro, tipificado pelo art. 135 do Código Penal brasileiro (CPBr):

“Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”.

²LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 581.

³CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, Parte Geral, 9ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020, p. 212.

Existen algunos tipos omisivos propios en que hay una delimitación del círculo de autores, pues no se destinan a todas las personas, sino que a determinados agentes. En ese sentido, son los delitos de abandono material (CPBr, 244), abandono intelectual (CPBr, art. 246), omisión de notificación de enfermedad (CPBr, art. 269).

La existencia de un resultado, normalmente, es irrelevante para la mayoría de los delitos omisivos propios, aunque puedan caracterizar eventualmente una forma cualificada del delito, dada la existencia de un injusto más grave, como es la previsión del citado tipo penal de omisión de socorro (art. 135, CPBr)⁴.

Hay, sin embargo, algunos tipos penales omisivos propios que no son de mera conducta (o inactividad), pero son delitos de resultado material, una vez que describen específicamente la omisión que puede causar el resultado⁵. Como ejemplo, el delito contra la orden tributaria, previsto en el art. 1º, inciso I, da Ley n. 8.137/90 (Br), en que la omisión de prestar informaciones a la administración tributaria debe causar la supresión o reducción en el pago de tributo.

3. OMISIÓN IMPROPIA (COMISIÓN POR OMISIÓN)

Los delitos de omisión impropia son así denominados pues se fundan en un tipo penal que no describe una omisión, pero sí una acción⁶. Por lo tanto, no describen explícitamente un no hacer, sino que una acción y un resultado, que pueden ser realizados por intermedio de una omisión.

Esa modalidad de injusto no tiene tipos penales exclusivamente destinados a ella. Así, en los delitos omisivos impropios, el intérprete toma prestada la incriminación prevista en los delitos de resultado - como, por ejemplo, los delitos de homicidio (CPBr, art. 121) y los delitos lesión corporales (CPBr, art. 129) - y los aplica a los casos de omisión.

Sin embargo, solamente es posible aplicar esa modalidad de incriminación por omisión cuando se hacer presente la figura del garante, que es la persona que debe cumplir un deber específico de actuar. La tipicidad subjetiva - en la omisión impropia - puede ser a título de dolo o de imprudencia, de acuerdo con lo previsto en el tipo penal⁷.

El ejemplo clásico es el de la madre (o padre) que no alimenta su hijo recién nacido. Siendo los padres garantes, el hecho de no darle alimento al niño, resultando en su muerte, cuando podían y debían, puede generar responsabilidad por el delito de homicidio (doloso o culposo, según sea el caso), utilizándose el tipo penal del homicidio (art. 121 con la típica extensión del art. 13, § 2, ambos, del Código Penal brasileño).

4. LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS DELITOS OMISIVOS (PROPRIOS E IMPRÓPRIOS)

La estructura de los tipos de omisión propia e impropia es formada, a ejemplo de lo que ocurre en los delitos de acción, también por el tipo objetivo y subjetivo.

El tipo objetivo de la omisión impropia tiene cinco elementos. Tres son coincidentes con los de la omisión propia⁸.

En otras palabras, existe un tipo objetivo que es el mismo, tanto para la omisión propia, cuanto para la omisión impropia. Son lo siguientes: a) la situación

⁴BUSATO, P.C. *Direito Penal*, Parte Geral, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, p. 219.

⁵MUÑOZ CONDE, F.; & GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal*, Parte General, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 220.

⁶ROXIN, C. *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II, Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 759.

⁷CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., p. 212.

⁸ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...) Ob. Cit., p. 813-814.

típica (peligro para el bien jurídico); b) la no realización de la acción requerida por el tipo (*aliud agere*) y c) el poder concreto de actuar.

Por otro lado, son requisitos exclusivos de la omisión impropia: d) la imputación objetiva del resultado (resultado típico) y e) la posición de garante del sujeto.

Vamos a tratar de todos esos requisitos, a la continuación.

4.1 SITUACIÓN TÍPICA (PELIGRO)

El primer requisito para la caracterización de los delitos omisivos es la existencia de una situación típica que exija una intervención. En los delitos omisivos propios, esa situación esta explícitamente prevista en el tipo penal. Por ejemplo, en la omisión de socorro, el artículo 135 (ya citado) describe las siguientes situaciones típicas: niño abandonando o extraviado; persona inválida o herida; al desamparo o en grave y eminente peligro.

Ya en los delitos omisivos propios, la situación típica es substanciada solamente por la situación de peligro de la ocurrencia del resultado, que, normalmente, está implícita en la descripción del tipo penal de acción. Por ejemplo, en el delito de homicidio (CPBr, art. 121), la situación típica está presente cuando una persona pueda morir (peligro de muerte) sin la intervención del garante^{9 10}.

4.2 LA NO REALIZACIÓN DE LA ACCIÓN REQUERIDA POR EL TIPO

La no realización de la acción requerida significa el incumplimiento del deber jurídico de actuar, que es extraído del tipo penal. Así, el agente simplemente no actúa, permanece estático o actúa de forma diferente (*aliud agere*) del que es determinado en la descripción típica. Como ya dicho, en los delitos omisivos propios, la acción esperada se encuentra expresamente prevista en el tipo penal, mientras que, en los delitos omisivos impropios, la acción que debe emprender el agente deriva de lo que sea necesario para evitar el resultado delictivo¹¹.

4.3. CAPACIDAD INDIVIDUAL DE ACCIÓN

Solamente existe omisión típica cuando el agente tiene la capacidad para realizar la acción esperada (explícita o implícitamente) por el tipo penal. Esa capacidad concreta de realizar la acción mandada (esperada o necesaria) debe ser comprendida de acuerdo con la naturaleza de la acción y de las condiciones personales del agente. La realización debe ser personalmente posible^{12 13}, debe estar dentro de las posibilidades físico-reales del agente.

La imposibilidad personal de actuar puede ocurrir cuando el sujeto se omite (i) por incapacidad personal de acción corporal (v.g. en una colisión de vehículos, el agente se encuentra atrapado en el auto y no puede salvar a la víctima); (ii) por la distancia espacial, cuando el agente se encuentra distante de la situación de peligro y no puede realizar la acción; (iii) por falta de recursos (v.g. falta de un móvil para llamar ayuda), de aptitud (v.g. no sabe nadar) o de conocimientos técnicos (v.g. no tiene los conocimientos médicos necesarios para hacer una traqueotomía y salvar la

⁹ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 814.

¹⁰CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 218-219.

¹¹ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 814.

¹²CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 218-219.

¹³En ese sentido, el artículo 13 § 2º, CPBr, consigna expresamente que: "A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado".

víctima asfixiada) para realizar la acción esperada^{14 15 16}.

4.4 LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO

Los delitos omisivos improprios son materiales. Para su consumación, es imprescindible la ocurrencia de resultado, en virtud de la no realización de la acción requerida por el tipo penal (nexo causal), lo que presupone la existencia de imputación objetiva, consistente en la realización de un riesgo no permitido¹⁷. Ese es uno de los requisitos que, en general, solamente existen para los delitos omisivos improprios.

4.5 POSICIÓN DE GARANTE

El segundo requisito exclusivo para los delitos omisivos improprios es la existencia de un garante. Es que solamente determinadas personas están sujetas a un deber especial de protección a los bienes jurídicos ajenos. Dada su importancia, ese requisito del tipo objetivo de la omisión impropia será tratado, con más detalle, en el próximo tópico.

Por fin, vale resaltar que el tipo subjetivo de la omisión propia es el dolo, mientras que de la omisión impropia puede ser tanto el dolo, cuanto la imprudencia, desde que, en ese último caso, obviamente, exista expresa previsión en el tipo penal de la modalidad imprudente.

5. EL DEBATE SOBRE LA POSICIÓN DE GARANTE

Solamente la persona que ostenta la posición de garante es que, en los delitos omisivos improprios, tiene un deber especial de actuar para evitar la lesión a los bienes jurídicos de determinadas personas.

Así, la gran cuestión que se presenta cuando se estudia la posición de garante es saber cuáles criterios deben ser utilizados para la identificación de esas personas. En ese sentido, existen básicamente dos posiciones. Las que adoptan un criterio formal o clásico y las que adoptan un criterio material. A la continuación se explicará esos dos criterios.

5.1 EL CRITERIO FORMAL

La tesis de que la posición de garante está fundamentada en el deber jurídico de actuar ya era encontrada en Feuerbach¹⁸. Referido autor defendida la existencia de una equiparación de la responsabilidad por omisión a la infracción de un deber jurídico, visto desde una perspectiva metajurídico penal. Ese deber derivaba predominantemente del Derecho Civil e estaba fundado en la ley, en el

¹⁴ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 756.

¹⁵CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 219.

¹⁶Si el agente no ha tomado conocimiento de la situación de peligro o no sabía de la existencia de medios disponibles para el salvamiento, tal contexto afectará el dolo del agente y no el tipo objetivo, especialmente la capacidad individual de acción. In: WESSELS, J; BEUKLE, W. & SATZGER, H. *Derecho Penal*, Parte General: El delito y su estructura, 46ª ed., Pacífico Editores, Breña, 2018, p. 497.

¹⁷ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 815.

¹⁸Feuerbach defendió la posibilidad de identificar un delito de omisión cuando existía alguna base jurídica (ley o contrato) que permitiera sustanciar una omisión como acción. In: FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5ª ed., Bey Tasché et Müller, Giefesen, 1812, p. 26.

contrato y en el actuar antecedente^{19 20 21}. Esa concepción formal ha prevalecido en la doctrina penal hasta los años 1930 en Alemania. Ese dominio sufrió, sin embargo, un intervalo en el siglo XIX, cuando se pasó adoptar una teoría causal monista de la posición de garante²², que fue abandonada en el principio del siglo XX, regresando el dominio de la teoría de Feuerbach²³.

En Brasil, la teoría de la posición de garante fundada en un deber jurídico de actuar prevalece hasta hoy en la legislación. En ese sentido, el § 2º del art. 13 de Código Penal brasileño, asienta que la posición del garante es atribuida a la persona que: "a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado"²⁴.

Adopta-se, por tanto, la vieja teoría formal de la unión, fundada básicamente en la ley, en el contrato y en la acción precedente (la denominada injerencia) y cuyos equívocos fueran desvelados ya por Schaffstein y Nagler en la década de 1930²⁵ y por la doctrina penal posterior.

Ese criterio formal (pues extraído directamente de la ley) de definición del garante todavía recibe amplia aceptación en la doctrina penal brasileña^{26 27 28} (en verdad, pocos manuales brasileños llegan a hacer referencia a la existencia de la teoría material^{29 30 31}). Eso no ocurre, sin embargo, en España, en que, a pesar de la previsión legal semejante a la brasileña (CP Español, art. 11), el criterio formal

¹⁹ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...) Ob. Cit., p. 846.

²⁰Posteriormente, la doctrina desarrolló otras hipótesis que dan lugar a la posición de garante, como la relación vital estrecha, la comunidad de vida, la comunidad de peligro, el control sobre la cosa, los deberes de asegurar el tráfico, la responsabilidad sobre el producto. Sobre el tema, cf.: GIMBERNAT ORDEIG, E. *La omisión impropia en la dogmática penal alemana: Una exposición*, en: ADPCP, Vol. L., 1997, pp. 29-67.

²¹JESCHECK, H.H & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, pp. 668-669.

²²Sobre ese fundamento causal para la omisión Bernd Schünemann afirma que "o Direito Penal é a ultima ratio da proteção aos bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal", en: SCHÜNEMANN, B. *Estudos de Direito Penal*, direito processual penal e filosofia do Direito, Marcial Pons, São Paulo, 2013, pp. 166-167.

²³SCHÜNEMANN, B. *Fundamentos y Límites de los Delitos de Omisión Impropia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 263-265.

²⁴Antes de la reforma de 1984, la parte general del Código Penal brasileño, que incluía esta redacción en el art. 13, no existía ninguna disposición expresa sobre las hipótesis de la función garante, por lo que los criterios fueron identificados por la doctrina. In: BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, 24ª ed., Saraiva, São Paulo, 2018, p. 322.

²⁵SCHÜNEMANN, B. "El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión", in *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1611.

²⁶BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal* (...), Ob. Cit., pp. 320-326.

²⁷TAVARES, J. *Fundamentos da Teoria do Delito*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020, pp. 448-451.

²⁸Tal alusión, aunque tímida, se hace, sin embargo, en su monografía sobre el tema: TAVARES, J. *Teoria dos Crimes Omissivos*, Marcial Pons, São Paulo, 2012, pp. 316-317.

²⁹Señala la existencia de teorías formales y materiales, aunque reafirma la necesidad de adoptar la posición formal: CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 221-222.

³⁰Por otro lado, Paulo César Busato hace esta referencia y aboga por la adopción de un criterio material. En: BUSATO, P.C. *Direito Penal: parte geral*, Atlas, São Paulo, 2013, pp. 294-297.

³¹Defendiendo la adopción conjunta de criterios formales y materiales: MARTINELLI, J.P. & DE BEM, L.S. *Direito Penal*, Parte Geral: Lições Fundamentais, 3ª ed, D'Plácido, São Paulo, 2020, pp. 679-685.

es ampliamente rechazado^{32 33}.

Vamos a estudiar el criterio formal y sus críticas, para después examinar el criterio material.

5.1.1 LA OBLIGACIÓN LEGAL DE CUIDADO, PROTECCIÓN O VIGILANCIA

Ese es el primero criterio formal establecido por el Código Penal brasileño (art. 13, § 2º, "a"), que fundamenta la posición de garante en la ley, incluyendo, por ejemplo, el deber de asistencia entre cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos, además de aquellos agentes públicos que tengan el deber de vigilancia, como los agentes de policía^{34 35 36}.

5.1.2 LA ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE IMPEDIR EL RESULTADO

Tal requisito está previsto en el art. 13, § 2º, "b" de Código Penal brasileño y es consustanciado por la asunción fáctica del deber de protección y puede ocurrir, por ejemplo, (i) en los casos de libre asunción del deber de protección, como ocurre con los médicos, socorristas, niñeras, en relación con aquellos que se proponen proteger; (ii) en las relaciones comunitarias de peligro, en las que algunas personas asumen el deber de protección en determinadas situaciones peligrosas (por ejemplo, guía en relación con los turistas); (iii) relaciones de comunidad de vida, cuando un responsable asume el deber de cuidado de personas que se encuentran en su residencia (por ejemplo, el hijo menor de un vecino que va a dormir a su casa) o bajo su responsabilidad derivadas de relaciones verticales, como es el caso de los profesores en relación con los estudiantes^{37 38 39}.

5.1.3 COMPORTAMIENTO ANTERIOR CRIADOR DEL RIESGO DE RESULTADO (INJERENCIA)

La última hipótesis prevista en el Código Penal brasileño (art. 13, § 2º, "c") es la posición de garante cuando el agente realiza un comportamiento peligroso anterior, por acción o omisión, que sea apto a producir un resultado delictivo objetivamente reconocible^{40 41}. Por ejemplo, es posible mencionar al agente que

³²Como bien afirma el Schünemann: "Não foi (...) sábia a decisão do legislador espanhol de introduzir no Código Penal a, há muito tempo obsoleta teoria formal do dever jurídico, e, ao contrário, é de celebrar, desde um ponto de vista alemão, que a ciência penal espanhola, em sua imensa maioria, não a prestou nenhuma obediência escrava, mas sim declarou que as condições para equiparação previstas no art. 11, segunda parte, do Código Penal, não são apenas desnecessárias, mas também insuficientes". In: SCHÜNEMANN, B. *El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión, in Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1612.

³³El citado art. 11 del Código Penal español dice lo siguiente: "Artículo 11. 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 equipará 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".

³⁴BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal (...)*, Ob. Cit., pp. 323-324.

³⁵CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal, (...)* Ob. Cit., pp. 222-223.

³⁶Con más detalle: TAVARES, J. *Teoria dos (...)* Ob. Cit., pp. 319-325.

³⁷BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal (...)*, Ob. Cit., pp. 324-325.

³⁸CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal, (...)* Ob. Cit., pp. 223-224.

³⁹Con más detalle y abordando otras hipótesis: TAVARES, J. *Teoria dos (...)* Ob. Cit., pp. 325-332.

⁴⁰CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal, (...)* Ob. Cit., pp. 224-226.

⁴¹TAVARES, J. *Teoria dos (...)* Ob. Cit., pp. 332-342.

hace un incendio en un campamento, el cual, por descuido, luego se propaga por todo el bosque. Aquí el agente tiene que intentar apagar el fuego (si aún es posible) o, como mínimo, llamar a las autoridades.

Cabe señalar, sin embargo, que la doctrina intentó desarrollar limitaciones a la responsabilidad por omisión en el caso de injerencia, ya que el mero actuar precedente podría dar lugar a responsabilidad penal en casos similares al regreso al infinito. El agente que construyó un cuchillo (acción anterior) sería garante con relación a sus riesgos. De esta manera, se argumentó que la acción precedente debe ser, por lo menos, peligrosa⁴².

5.2 CRÍTICAS AL CRITERIO FORMAL

La adopción de un criterio meramente formal, como ya adelantado, es objeto de varias críticas. Una de las principales, es no ser posible derivar la equiparación entre la acción y omisión a partir de un criterio extrapenal, una vez que las reglas de Derecho Civil (v.g. contrato) tienen funciones distintas del Derecho Penal. De tal manera, un deber juridicopenal debe ser extraído de las normas y criterios de imputación del propio Derecho Penal y no de algo externo.

Un ejemplo utilizado para refutar la invocación de criterios civilistas para la identificación de la posición de garante es el caso de la *baby-sitter*.

Imagínese que una *baby-sitter* es contratada para cuidar de un niño, comprometiéndose a ir la casa de un casal que la ha contratado. Así, los padres dejan el niño solo en casa creyendo que la *baby-sitter* va al trabajo, pero, al final, no aparece. El niño acaba falleciendo al caer de las escaleras. Aquí, la responsabilidad penal es exclusiva de los padres, poco importando las eventuales obligaciones contractuales asumidas por la *baby-sitter*⁴³.

En una variación de ese ejemplo, imagínese que la *baby-sitter* efectivamente va al trabajo y sale a caminar con el niño, y luego recibe la llamada de un amigo abogado, quien le informa que su contrato es nulo. Ante esto, la niñera simplemente abandona al niño que termina cayendo a un paso elevado y muriendo. Aquí, independientemente de la validez del contrato, la niñera era garante y debe ser considerada responsable del asesinato⁴⁴.

También se critica la invocación de la ley como base formal para la posición de garante, ya que, por sí sola, no proporciona ninguna base plausible para la creación de deberes para evitar resultados, ya que los criterios legales establecidos para la responsabilidad civil no pueden simplemente ser trasplantados a la responsabilidad penal⁴⁵.

Un ejemplo es el caso de responsabilidad penal por el producto, en el que el empresario vende un producto que resulta nocivo para la salud. Si bien el Derecho Civil determina, por ejemplo, el deber de retirar el producto, a efectos penales el agente exime de su responsabilidad proporcionando efectivamente información y advirtiendo al consumidor que el producto es nocivo. Así, si el consumidor –a pesar de una advertencia adecuada– quiere consumir voluntariamente el producto, no es posible responsabilizar penalmente al empresario, aunque exista responsabilidad civil⁴⁶.

⁴²En este sentido y en otros debates sobre la injerencia, cf, GIMBERNAT ORDEIG, E. "La omisión (...)", Ob. Cit., pp. 20 y ss.

⁴³SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal é a ultima ratio da proteção aos bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal", in *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2013, p. 83.

⁴⁴SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal (...)", Ob. Cit., p. 166.

⁴⁵ROXIN, C. *Derecho Penal(...)*, Ob. Cit., pp. 848-849.

⁴⁶Como afirma Schünemann, en estos casos: "incluso si existe una expectativa de los consumidores a la retirada o el cambio del producto peligroso fundada en el Derecho Civil, el deber penal de evitación del resultado se cumple siempre ya con la advertencia al consumidor

Asimismo, la identificación del garante a partir de la acción antecedente (injerencia) también proviene de las obligaciones civiles de reembolso (y del *neminem laede*), que, como ya se ha visto, no resultan idóneas para identificar la responsabilidad jurídicopenal⁴⁷.

Así, la teoría basada en los deberes jurídicos formales no tiene capacidad para fundamentar de manera convincente y adecuada una posición de garante⁴⁸, incluso en Brasil⁴⁹, ya que no proporciona, por sí misma, ninguna base de contenido material que justifique la responsabilidad penal⁵⁰.

5.3 CRITERIO MATERIAL

Frente a los problemas de la concepción formal, Kaufmann propugnó, de manera innovadora, la adopción de criterios materiales para identificar la posición de garante, basados en la función de protección de un bien jurídico específico (deberes de custodia) y la imposición de supervisión desde una fuente de peligro (deberes de aseguramiento o control)^{51 52}.

Estos criterios fueron posteriormente complementados por Schünemann, quien sostuvo que el eje de conexión entre acción y omisión, que permite tratar de forma equivalente estos dos tipos de conducta (cláusula de equivalencia), es precisamente el dominio sobre la base del resultado, que se descompone en (i) control sobre la indefensión del bien jurídico y (ii) control sobre un foco de peligro⁵³
54 55 56.

porque, naturalmente, exclusivamente este es quien tiene que decidir por sí mismo si quiere seguir utilizando o no el producto peligroso de su propiedad". En: SCHÜNEMANN, B. "Responsabilidad penal en el marco de la empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación", in *ADPCP*, vol. LV, 2002, p. 32.

⁴⁷ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., p. 850.

⁴⁸ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., p. 850.

⁴⁹Según lo declarado por el Paulo Cesar Busato, en el contexto brasileño: "A proposta mais correta parece ser a de adoção de uma concepção material da delimitação do alcance da posição de garantidor, ou seja, a pretensão de fulcrar a justificativa da imputação em aspectos relevantes para a obediência da missão que o Direito penal se auto-atribui de controle social do intolerável através da proteção seletiva de bens jurídicos". En: BUSATO, P.C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 295.

⁵⁰JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 669.

⁵¹JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 669.

⁵²Respecto a la propuesta de Kaufmann, Schünemann comenta sin embargo que: "A linha de raciocínio de Armin Kaufmann, inicialmente genial e promissora, mas interrompida, seguida também por Wolfgang Schöne, é comparável à tumba de Tut-ench-Amun, virou-se no sentido contrário e continuou a escavar em outros lugares do deserto egípcio". En: SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal é a ultima ratio da proteção aos bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal", in *Estudos de Direito Penal, Direito Processual e Filosofia do Direito*, Marcial Pons, 2013, p. 169.

⁵³SCHÜNEMANN, B. *Fundamento y Límites* (...), Ob. Cit., pp. 277-285.

⁵⁴SCHÜNEMANN, B. "El llamado delito (...)", Ob. Cit., pp. 1626-1628.

⁵⁵SCHÜNEMANN, B. "Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de Direito comparado para escapar de um caos", in *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito*, Marcial Pons, São Paulo, pp. 171-172.

⁵⁶Cómo sintetiza Estellita: "Nos crimes comissivos, a relação imediata se dá entre o resultado (por exemplo, morte) e o movimento corporal que é a sua causa (por exemplo, ato de desferir facadas) e o fundamento que permite imputar esse resultado ao agente é o domínio que ele tem sobre o próprio corpo, que é a causa ou fundamento do resultado (domínio sobre o corpo → movimento corporal → resultado). Nos crimes omissivos, também será o domínio real, e não meramente hipotético, sobre a causa ou fundamento do resultado que permitirá a imputação deste ao agente omissivo. Esse domínio se dá em dois grandes grupos de casos:

Roxin acepta esta posición bipartita, defendida por Schünemann, manteniendo, por tanto, que la posición de garante material se centra en lo que él llama de dominio de control (o control sobre la base del resultado, en la nomenclatura de Schünemann), que, además, se subdivide en (i) control sobre la indefensión del bien jurídico (para Roxin: posición de garante de protección o custodia) y (ii) control sobre el foco del peligro (para Roxin: posición de garante de vigilancia o aseguramiento)^{57 58}.

5.3.1 DOMINIO SOBRE EL DESAMPARO DEL BIEN JURÍDICO (POSICIÓN DE GARANTE DE PROTECCIÓN O CUSTODIA)

En este caso, el deber especial del garante se crea por la falta de protección del bien jurídico de la víctima, el cual está bajo su propio control. Existe, por tanto, un deber de vigilancia, custodia o control sobre el mismo. Así, el garante debe vigilar y contener todos los peligros externos que amenazan el bien jurídico de la persona que se encuentra indefensa⁵⁹.

Esto incluye los casos en los que el garante tiene una relación protectora familiar o similar (por ejemplo, padres e hijos, hermanos, relaciones matrimoniales) y cuando se asumen funciones protectoras (médico en relación con el paciente, profesor de natación en relación con los estudiantes), incluso si es independiente de la existencia de un contrato (por ejemplo, los vecinos asumen la responsabilidad del hijo de otro por una noche, quien acoge a una persona que necesita cuidados). En estos casos de asunción, debe existir una relación de dependencia (si una persona mayor va a pasar un fin de semana en casa de un amigo, evidentemente, no existe una relación de garante). Además, el deber de protección surge de los cargos orgánicos y de los deberes de los titulares de cargos (por ejemplo, los agentes de policía en relación con los ciudadanos, los servidores públicos en relación con los bienes públicos)⁶⁰.

Lo importante, sin embargo, no es la disposición legal, el contrato o la injerencia (no es un deber externo), sino la asunción efectiva y material de la responsabilidad personal por el bien jurídico abandonado. El garante asume por tanto el compromiso de proteger este bien jurídico.

5.3.2 DOMINIO SOBRE EL FOCO DEL PELIGRO (POSICIÓN DE GARANTE DE VIGILANCIA O ASEGURAMIENTO)

En este caso, el garante deberá vigilar y garantizar que las fuentes de peligro que estén bajo su responsabilidad no causen daños a terceros.

Esta posición de garante puede surgir, por ejemplo, de: a) la vigilancia de

naqueles nos quais o agente exerce domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, em virtude do qual a posição de garantidor gera deveres de salvação; e naqueles nos quais o agente exerce domínio sobre uma causa (coisa ou pessoa) essencial no resultado, caso em que o garantidor tem deveres de asseguramento (domínio sobre uma causa essencial do resultado → inobservância dos deveres de asseguramento → resultado). A equiparação se baseia, assim, ou na assunção de uma função de proteção de um bem jurídico desamparado, ou na assunção de uma função de vigilância sobre determinada fonte de perigo". En: ESTELLITA, H. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão: Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*, Marcial Pons, São Paulo, 2017, p. 89.

⁵⁷ROXIN, C. *Derecho Penal*(...), Ob. Cit., p. 852-857.

⁵⁸Cabe señalar que Jakobs también aboga por un concepto material funcional y bipartito para identificar la posición del garante. Por un lado, defiende la existencia de deberes por responsabilidad organizativa y deberes por responsabilidad institucional. Cf.: JAKOBS, G. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1991, pp. 802-833.

⁵⁹ESTELLITA, H. *Responsabilidade penal* (...), Ob. Cit., p. 96.

⁶⁰ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., pp. 857-884.

cosas muebles o inmuebles que se encuentren bajo vigilancia; b) dominio y control sobre determinadas personas (por ejemplo, personas con enfermedades mentales); c) dominio de cursos causales peligrosos (injerencia – evitar el resultado basándose en la acción antecedente); y d) responsabilidad penal por el producto (derivado de alimentos, medicamentos peligrosos para la salud u objetos de uso de cualquier tipo – por ejemplo, máquinas o vehículos con defectos que puedan causar daños, aerosoles para cuero, conservantes que causen enfermedades, etc.)⁶¹.

6. LOS TRES USOS DE LA PALABRA OMISIÓN DEN DERECHO PENAL

Realizada esa contextualización inicial, importante para tenerse una visión panorámica sobre la comprensión actual de la teoría de la responsabilidad penal por omisión, llegó el momento de presentar algunas reflexiones iniciales sobre los impactos que la teoría de la acción significativa y la filosofía del lenguaje tienen sobre ese tema.

Así que el punto fundamental para comprender adecuadamente la omisión en Derecho Penal pasa por el estudio de la teoría de la acción.

Tradicionalmente, en Derecho Penal la acción humana es vista desde una concepción de la filosofía de la mente. El significado de la acción se entiende a través del modelo objeto-designación.

En esta concepción tradicional, para que el juez, el intérprete, capte el significado de una acción, basta con observarla y describir su significado. El sujeto cognoscente (juez) conoce el objeto cognoscible (acción). Esta relación de conocimiento se produce, por tanto, en una relación sujeto-objeto. Se observa el sustrato de la acción y se le quita el significado⁶².

Esta forma de pensar conduce a graves errores y distorsiona el significado de las acciones. Es fundamental comprender que ese significado no viene dado por la mera captación, por los sentidos, del sustrato de las acciones. El significado de la acción se establece según reglas intersubjetivas, constituyendo lo que Wittgenstein llama de juegos de lenguaje.

En ese sentido, “lenguaje y acción se hallan ‘entretnejidos’, forman un conjunto gobernado por reglas —un ‘juego’— del que el significado dimana. Y el significado no es sino el subproducto de la interpretación y aplicación de las reglas de ese ‘juego’”⁶³.

Nuestras acciones (actividades lingüísticas), si bien pueden estar inmersas en un trasfondo ontológico, tienen un carácter claramente normativo, ya que están guiadas por reglas lingüísticas, que constituyen el juego del lenguaje^{64 65}.

De tal manera, Vives Antón correctamente concibe “la acción, no como sustrato conductual susceptible de recibir un sentido, sino como sentido que,

⁶¹ROXIN, C. Derecho Penal (...), Ob. Cit., pp. 884-885.

⁶²Como afirma Alwart, citado por Vives Antón: “así como un concepto no es otra cosa que el significado de una palabra, una acción no es otra cosa que el significado de un comportamiento”. En: VIVES ANTÓN, T.S. *Acción Significativa, Comisión por Omisión y Dogmática Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 150.

⁶³VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 226-227.

⁶⁴GLOCK, H.J. *Diccionario Wittgenstein*, (Trad. MARTINS, H.), Zahar, Rio de Janeiro, 1998, p. 312.

⁶⁵Respecto a las normas de acción social, Habermas afirma que: “tienen el sentido ‘deontológico’ de obligar a los destinatarios a seguir la regla, si bien aquí el tipo de sanciones varía con el tipo de regla (según que vulneremos normas morales o jurídicas, infrinjamos costumbres o convenciones o nos desviemos de los roles sociales asignados). Tales normas regulan las relaciones interpersonales de actores que se comunican entre ellos y que participan en prácticas comunes. Estas prácticas constituyen elementos inmediatos del contexto simbólico de un mundo de la vida. Al mismo tiempo están insertas en el hardware constituido por el entorno natural”. In: HABERMAS, J. *Verdad y justificación*, Taurus, Madrid, 2002, p. 24.

conforme a un sistema de normas, puede atribuirse determinados comportamientos humanos. Se opera, así, un giro copernicano en la teoría de la acción: ya no es el sustrato de un sentido; sino, a la inversa, el sentido de un sustrato⁶⁶.

Precisamente por ello es dos acciones materialmente idénticas (mismo sustrato) pueden tener significados diferentes, según las reglas del juego del lenguaje. Llamar "hijo de p..." a alguien puede constituir tanto un delito contra el honor (cuando está dirigido, por ejemplo, a un enemigo), como puede ser una expresión de cariño hacia un viejo amigo, los cuales se tratan de esa manera.

Llegamos, por tanto, a una premisa sumamente importante: lo relevante para comprender las acciones (y omisiones) en Derecho Penal es el significado y no el sustrato (como los movimientos corporales realizados materialmente).

En ese sentido, también, defiende Martínez-Buján-Pérez:

Común a acción y omisión es el dato de que ambas constituyen una expresión de sentido. De ahí que –como queda dicho el problema de la omisión sea –al igual que el de la acción un problema de sentido y no de sustrato; el sustrato carece de relevancia.

No hay ya diferencia ontológica entre acción y omisión, puesto que ambas existen o son (o no son) exactamente en el mismo sentido, esto es, como significado. En otras palabras, acciones y omisiones funcionan de modo idéntico, desde el momento en que coinciden en ser sólo expresiones de sentido⁶⁷.

A partir de esta premisa, se disuelve la diferencia entre acción y omisión. La tensión o distensión muscular, la realización o no de tareas ya no son el foco central para identificar omisiones. Lo relevante es el significado.

Precisamente por eso, en este trabajo se sostiene que, en realidad, existen tres usos para la palabra omisión y, al fin y al cabo, esos mismos tres usos se utilizan para la palabra acción. Acción y omisión pueden entenderse de la misma manera. Todo depende del significado.

6.1 EL PRIMER USO LINGÜÍSTICO DE LA EXPRESIÓN OMISIÓN: EN LOS DELITOS DE ACCIÓN

La teoría del delito dedica especial atención – sobre todo por sus consecuencias prácticas– a la explicación de los delitos de acción. La inmensa mayoría de los tipos delictivos describen acciones. El estudio de los delitos de omisión, a pesar de su importancia, generalmente tiene una relevancia periférica.

Sin embargo, si es cierta la premisa establecida anteriormente, de que lo que importa es el sentido y no la existencia de un sustrato de acción (movimiento) u omisión (abstención), se llega a la conclusión de que los delitos de acción pueden cometerse por omisión (incluso cuando no se asume la posición de garante).

Imaginemos una situación en la que, después de un partido de fútbol o de un concierto lleno de gente, muchas personas aglomeradas están saliendo del estadio. Tres amigos, con la intención de herir a varias personas - en lugar de seguir caminando en el flujo de personas - simplemente se sientan en el suelo, lo que provoca que las personas que caminaban detrás de ellos simplemente empiecen a caer. Eso crea una obstrucción al flujo de personas, lo que provoca más caídas, pisoteos y lesiones. Los tres amigos no realizaron ninguna acción, simplemente dejaron de caminar, sentándose en el suelo. Pero, con esa omisión, no hay ninguna duda que conjugaron el verbo lesionar, previsto en el tipo penal. No porque eran garantes, sino porque el significado de su omisión fue una conducta de lesionar terceras personas.

Un trabajador, que se encuentra en el segundo piso de una obra en

⁶⁶VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema (...)*, Ob. Cit., p. 221.

⁶⁷MARTÍNEZ-BUJÁN-PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa - Parte General*, 6ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 394.

construcción y cuyo trabajo es recibir los sacos de cemento que le arroja su compañero, puede – con la intención de herir a su enemigo que pasa por debajo de la obra – simplemente omitirse al dejar de sostener la bolsa de cemento arrojada. El objeto cae entonces sobre la cabeza de la víctima, hiriéndola.

El empleado que, para vengarse de su jefe, simplemente no retira mercancías frágiles de la cinta transportadora de la línea de montaje, que caen al piso, provocando dolosamente daños a los productos de la empresa.

Si bien para algunas de estas hipótesis se puede invocar la posición de garante, lo cierto es que, en estos casos, existe una verdadera equivalencia entre acción y omisión. Hay una disolución de la diferencia entre acción y omisión, de modo que el significado del resultado típico queda bastante claro. En todos ellos, a pesar del agente no realizar ningún movimiento corporal, a pesar de no intervenir activamente en el mundo, acaba realizando el verbo típico de la conducta incriminada (lesionar, dañar, etc.).

Además de esos ejemplos, comprendiendo el significado y no el sustrato, es posible resolver con mayor claridad los casos en que la doctrina normalmente identifica una combinación entre acción y omisión.

En ese sentido, se ha debatido, con cierta dificultad, cuáles son los criterios para identificar si existe una acción u omisión. A menudo la doctrina parte de una distinción más ontológica entre acción y omisión. Sostienen que hay acción cuando se utiliza la energía en una determinada dirección. Hay omisión cuando no hay uso de energía⁶⁸.

Dudas surgen, por ejemplo, en los siguientes casos:

El carcelero que cierra la puerta, pero conscientemente omite cerrarla con llave⁶⁹. ¿Acción u omisión?

El dueño de una fábrica de cepillos que entregó pelo de cabra para su producción sin realizar la descontaminación adecuada provocó la muerte de cuatro empleados⁷⁰. ¿Acción u omisión?

Una persona que se niega a usar condón y transmite el SIDA a su pareja⁷¹. ¿Acción u omisión?

El conductor que conduce un vehículo y, al ver pasar gente, se enoja y simplemente deja de frenar. ¿Acción u omisión?

El terrorista que deja una bomba escondida en un edificio y no logra retirarla durante los cuatro días que faltan para su detonación. ¿Acción u omisión?

Me parece claro que todos estos ejemplos son casos a los cuales se debe aplicar el régimen jurídico de la acción (que, por tanto, no requieren la existencia de un garante y es desnecesario invocar la figura de la injerencia, una vez que se trata de una acción que debe ser globalmente interpretada), ya que el significado de las omisiones está claramente contextualizado para la realización de una acción de tipo penal, aun cuando – total o parcialmente – implican una omisión de hacer. Repito: lo relevante aquí es el significado contextualizado. El agente cumplió las reglas de los juegos de lenguaje de matar, dañar, etc.

6.2 EL SEGUNDO USO LINGÜÍSTICO DE LA EXPRESIÓN OMISIÓN: EN LOS PROPIOS DELITOS DE OMISIÓN

Como ya se ha visto, la omisión propia se fundamenta en un tipo penal específico, que describe expresamente una omisión, un no hacer.

Ese es un claro uso de la palabra omisión en Derecho Penal y aquí no hay ninguna novedad.

Sin embargo, parece que – incluso en esos delitos omisivos propios – es

⁶⁸ROXIN, C. *Derecho Penal (...)*, Ob. Cit., p. 779.

⁶⁹ROXIN, C. *Derecho Penal (...)*, Ob. Cit., p. 780.

⁷⁰ROXIN, C. *Derecho Penal (...)*, Ob. Cit., p. 781.

⁷¹ROXIN, C. *Derecho Penal (...)*, Ob. Cit., p. 781.

posible su caracterización mediante una acción (y no solamente mediante una omisión), pues lo que importa es el significado y no el sustrato.

De tal manera, aunque se hable expresamente de un no hacer algo, los delitos de omisión propia (por ejemplo, la omisión de socorro) también pueden estar caracterizados mediante un hacer, una acción. Como se argumenta aquí, la distinción entre acción y omisión se disuelve si hay un desplazamiento del centro de gravedad de la acción del sustrato hacia al significado.

De esta forma, por ejemplo, una persona que está delante de una colisión de dos autos con personas heridas, lo que genera un deber general de ayuda, aun así, comete referido delito si realiza la acción de socorro de forma deliberadamente lenta. Ella realiza la acción que debería hacer de acuerdo con el tipo penal, pero la hace de forma infectiva, con la clara intención de no asistir a la persona en una situación de emergencia.

Por lo tanto, incluso realizando la acción esperada por el tipo penal, puede estar caracterizado el delito, una vez que el agente realizó las acciones para proporcionar asistencia, pero de forma deliberadamente ineficaz. Así, queda caracterizado el tipo penal del art. 135 CPBr.

¿Un contribuyente que proporciona información sobre sus ingresos a las autoridades tributarias (acción), pero lo hace de manera incompleta, realiza una acción (entrega incompleta) u omisión (omisión de proporcionar información)? Aquí, una vez más, queda clara la caracterización del tipo de delito criminal. 1º, I, de la Ley 8.137/90, por omitir información de las autoridades tributarias, a pesar de que proporcionó la información y – en esta parte – correctamente.

En suma, aunque en casos más raros, parece que los delitos de omisión propia pueden ser realizados incluso cuando el agente realiza la acción esperada.

6.3 EL TERCER USO LINGÜÍSTICO DE LA EXPRESIÓN OMISIÓN: EN LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

El tercer uso lingüístico de la expresión omisión ocurre en los denominados delitos omisivos impropios.

Aquí, como ya se ha visto, en la omisión impropia el juez utiliza los tipos penales creados para las acciones para punir las omisiones, empleando, para tanto, una regla de extensión previstas en el Código Penal.

Aquí no hay ninguna gran novedad en decir que esa es una forma de uso de la expresión omisión en Derecho Penal.

La particularidad, sin embargo, es que, en los delitos de omisión impropia, el agente no responde penalmente por algo que hizo (aunque por intermedio de una omisión), sino que por algo que dejó ocurrir. Responde por un resultado delictivo que alguien cometió (v.g. el policía que deja alguien cometer un delito o el responsable por un establecimiento penitenciario que deja huir un preso peligroso) o por dejar algo ocurrir con algún bien jurídico que debería proteger (la madre que no cuida del niño que cae en la piscina y se ahoga).

Así, con excepción de los casos de injerencia, el responsable por un delito omisivo impropio normalmente no responde por una acción significativa propia, pero por dejar algo ocurrir (sea en virtud de una acción de terceros, sea en virtud de un peligro externo). Y, en esos casos, existe incluso fundamento político criminal para la disminución de la pena, como ocurre en el §13.1. del Código Penal alemán, una vez que parece ser más grave la conducta del que mata (aunque sea por omisión) que la conducta del que deja matar. Ese tratamiento penal más benéfico, sin embargo, parece no ser políticamente criminalmente defensible en los otros casos de omisión, una vez que tienen la misma gravedad que las acciones (no hay distinción entre acción y omisión en los demás casos)

Existe, también, la discusión si el delito omisivo propio puede ser cometido por acción, como es el caso en que hay la interrupción de una acción salvadora. La persona que impide el guardavidia de salvar el niño que se ahoga, comete el delito

de homicidio doloso. La cuestión es si el delito es omisivo impropio o un delito de acción. Me parece que ese es un caso en que se debe aplicar el régimen jurídico de la acción y no la comisión por omisión⁷², una vez que el resultado deriva de una acción propia del agente y no de un dejar algo acaecer.

Lo que gustaría de defender aquí, sin embargo, es que la omisión impropia constituye uno de los usos de la palabra omisión (aunque, generalmente, una omisión con gravedad distinta de la omisión que constituye el significado de la realización típica), además parece ser perfectamente posible que la omisión impropia también se realice por medio de una acción.

7. CONCLUSIÓN

El objetivo del presente artículo fue presentar algunas reflexiones iniciales sobre la comprensión de la omisión a partir de las contribuciones de la filosofía del lenguaje y de la teoría de la acción significativa.

El artículo es meramente provocativo y tiene como objetivo intentar ver las consecuencias que pueden derivar del desplazamiento de la observación del sustrato para el significado, como forma más adecuada de comprender las conductas humanas.

Con ello, se lleva a la disolución de la división entre acciones y omisiones, con lo que todos los casos en que es posible cometer delitos por acciones, también es posible cometerlos – aunque de forma más rara – por medio de omisiones.

Además, se buscó subrayar que la responsabilidad penal en los delitos omisivos impropios no deriva de la conducta (acción u omisión) de una persona, sino que de algo que se dejó ocurrir. El agente responde por un resultado delictivo que alguien cometió o por dejar algo ocurrir con algún bien jurídico que debería proteger. En esos casos, parece, incluso, posible defender la posibilidad de una pena disminuida, como lo hace el Código Penal alemán (tratamiento penal más benéfico que no parece ser posible para los otros casos de omisión).

Con ello, si espera obtener el resultado provocativo del presente artículo, aunque obviamente sea necesario profundizar varios puntos de duda, lo que no es posible hacer en este momento.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, 24ª ed, Saraiva, São Paulo, 2018.
 BUSATO, P. C. *Direito Penal: Parte Geral*, Atlas, São Paulo, 2013.
 BUSATO, P.C. *Direito Penal: Parte Geral*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.
 CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal, Parte Geral*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020.
 ESTELLITA, H. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão: Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*, Marcial Pons, São Paulo, 2017.
 FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5ª ed., Bey Tasché et Müller, Giefesen, 1812.
 GIMBERNAT ORDEIG, E. "La omisión impropia en la dogmática penal alemana: Una exposición", in *ADPCP*, Vol. L, 1997.
 GLOCK, H.J. *Dicionário Wittgenstein*, (Trad.MARTINS, H.), Zahar, Rio de Janeiro, 1998.
 HABERMAS, J. *Verdad y justificación*, Taurus, Madrid, 2002.
 JAKOBS, G. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1991.

⁷²A esa conclusión también llega Roxin: cf. ROXIN, C. *Derecho Penal (...)*, Ob. Cit., pp. 791-792.

- JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 5ª ed., Comares, Granada, 2002.
- LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MARTINELLI, J.P. & DE BEM, L.S. *Direito Penal*, Parte Geral: Lições Fundamentais, 3ª ed., D'Plácido, São Paulo, 2020.
- MARTÍNEZ-BUJÁN-PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte General*, 6ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal*, Parte General, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- ROXIN, C. *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II. Madrid: Thomson Reuters, 2014.
- SCHÜNEMANN, B. El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión, in *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008.
- SCHÜNEMANN, B. *Fundamento y Límites de los Delitos de Omisión Impropia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal é a ultima ratio da proteção aos bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal", in *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2013.
- SCHÜNEMANN, B. "Responsabilidad penal en el marco de la empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación", in *ADPCP*, vol. LV, 2002.
- SCHÜNEMANN, B. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de Direito comparado para escapar de um caos, in *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2013.
- TAVARES, J. *Teoria dos Crimes Omissivos*, Marcial Pons, São Paulo, 2012.
- VIVES ANTÓN, T. S. *Acción Significativa, Comisión por Omisión y Dogmática Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- WESSELS, J; BEUKLE, W. & SATZGER, H. *Derecho Penal*, Parte General: El delito y su estructura, 46ª ed, Pacífico Editores, Breña, 2018.