

ARTÍCULOS

Dos problemas de la omisión impropia en el derecho penal chileno: El fundamento de su punibilidad y sobre la punibilidad de los delitos de resultado de medios y modos especificados

*Two issues of improper omission in Chilean criminal law:
The basis of their punishability and the punishability
of result-crimes from specified means and modes*

Alejandro García Cubillos 

Abogado, Chile

RESUMEN En la primera parte el artículo analiza las posibilidades de la fundamentación legal de la omisión impropia en el derecho penal chileno y ahonda sobre la opción que estima aceptada, esto significa que la punibilidad de la omisión impropia se desprende de la interpretación de cada uno de los tipos penales de la parte especial. Además, descarta la existencia de una cláusula general de punibilidad de la omisión impropia en el derecho penal chileno. En la segunda parte analiza la punibilidad de la omisión impropia partiendo de la base de la distinción entre delitos de resultado y delitos de mero comportamiento.

PALABRAS CLAVE Omisión, omisión impropia, delitos de resultado, delitos de mera actividad, principio de legalidad, analogía *in malam partem*.

ABSTRACT In the first part, this paper analyses legal foundation's alternatives for improper omissions in Chilean criminal law and delves into the option that it considers most acceptable: the basis is gotten from each criminal description of the special part. Additionally, this paper denies the existence of a general clause punishing improper omission in Chilean criminal law. In the second part, it analyzes the punishability of improper omission based on the distinction between result-crimes and behavior-crimes.

KEYWORDS Omission, improper omission, result-crimes, behavior-crimes, principle of legality, analogy *in malam partem*.

Introducción

Al poco tiempo de asumir como ayudante del profesor Miguel Soto, una de las primeras tareas que me encomendó fue estudiar la omisión en la teoría del delito, con la finalidad de, más adelante, abordar dichos contenidos en su cátedra de pregrado en la Universidad de Chile. El encargo fue acompañado del libro *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia* de Bernd Schünemann (2009) y de otros textos. Este trabajo representa reflexiones sobre algunas conclusiones generadas por el encargo.

En lo que respecta al principio de legalidad, Soto afirma que en derecho penal, el intérprete de disposiciones normativas, entiéndase órgano jurisdiccional, sin perjuicio de su facultad de concretizar normas, no puede sustituir al legislador en el ejercicio de sus potestades. Por ende, le está prohibida absolutamente la aplicación de la denominada analogía *in malam partem* y, también, la que identifica como interpretación teleológica o extensiva *in malam partem*:

Dentro del mismo marco institucional [...] la concreción de la norma, vía razonamiento o argumentación jurídica, es de competencia de los órganos jurisdiccionales, que en todo evento deben respetar el sentido de las decisiones normativas del Legislativo. Vale decir, el intérprete no puede sustituir al legislador en el ejercicio de las potestades que son propias de este último, cuando menos y en términos absolutos en lo que atañe a las garantías de los individuos, a las decisiones positivas de incriminación, de allí entonces la prohibición absoluta de la analogía *in malam partem* y también, en cuanto no resulta posible deslindarla de aquella, de la interpretación teleológica o extensiva *in malam partem* (Soto, 2001: 208).

Dicho esto, de ser constatada la ausencia de una cláusula general, explícita o implícita, de punibilidad de la omisión impropia en el derecho penal chileno, se debería indagar sobre el fundamento normativo de dicha punibilidad, ya que, de no ser encontrado dicho sustento, en caso de sancionarse omisiones esta clase, se infringiría la prohibición de aplicación de analogía *in malam partem*. Además, si se afirma la existencia de la indicada justificación, se debe dar una respuesta que no sobrepase la línea de la interpretación teleológica *in malam partem*.¹

Por otro lado, en el trabajo de Soto *Presupuestos para la formulación de una teoría jurídica del delito*, en el cual expone pronunciamientos que asume entre distintas propuestas dogmáticas (1987: 19), en la primera sección, destinada a los fundamentos de la teoría del delito, señala que «la norma jurídico penal [...] busca motivar a los ciudadanos para que conformen su actuar al mandato de hacer (delitos de omisión) o de no hacer (delitos de acción), que ella supone» (Soto, 1987: 20). El autor vuelve a

1. En cuanto a la interpretación de la ley penal, los criterios o directrices de interpretación y las limitaciones, véase Ortiz de Urbina (2012: 197 y ss.).

plantear esta temática, en similares términos, al decir que la norma penal contiene un mandato de acción o de no acción (1987: 20). Lo rescatado de su planteamiento es la manifestación de una toma de postura no menor en cuanto a las consecuencias que se derivan para la estructura de una teoría de la omisión, y no solo de la impropia.

En primer lugar, distingue de modo nítido entre dos tipos de normas, sin perjuicio de llamarlas genéricamente mandatos, por un lado, el mandato de no hacer (prohibición) y el mandato de hacer (mandato propiamente tal); en segundo lugar, diferencia entre el hacer y el no hacer, esto es entre la comisión y la omisión, ya que cada una de estas se encontraría abarcada por una de las normas jurídico-penales. Por ende, no serían lo mismo la «producción» de un resultado y el «no impedimento» de un resultado.

Expresa, a la vez, que lo descrito por la ley penal como contrario a la norma son acciones u omisiones y no meros acontecimientos causales: «En este contexto, naturalmente, lo que la ley penal describe como contrario a la norma no puede ser sino acciones u omisiones y no en cambio meros acontecimientos causales» (Soto, 1987: 20). La afirmación se realiza en el contexto de la teoría final de acción, para luego concluir que la contrariedad de la acción u omisión debe estar *animada* por una voluntad de signo contrario. Sobre esto, aun sin que se compartan los presupuestos de la idea, sí es relevante entender su visión: la descripción —acción u omisión— de lo prohibido o mandado no son meros acontecimientos causales. Y es justamente esta consideración la que pareciese rondar en uno de los conflictos centrales de la interpretación y aplicación de la omisión impropia, esto es, la compatibilidad de su establecimiento con descripciones causales contenidas en los tipos penales, si es que efectivamente fuera el caso.

A partir de los puntos indicados, este trabajo postula dos tesis. La primera, vinculada con el principio de legalidad, es que el fundamento de la punibilidad de la omisión impropia en el derecho penal chileno se encuentra en cada uno de los tipos penales de la parte especial que resulte atingente y, evidentemente, si la descripción típica permite dicha interpretación. Esto en el sentido de que, en cada norma de sanción relevante, y que lo permita, subyace tanto una norma prohibitiva que cubre los casos de comisión, como una norma de mandato o requerimiento que abarca los casos de omisión, lo cual presupone que se describe tanto la realización de un resultado como el no impedimento de este. Para el cometido de este artículo resulta fundamental comprender y analizar la estructura y amplitud de los tipos penales de resultado, ya que dicha herramienta clasificatoria ofrece soluciones para este tópico. Prevengo que el problema de las condiciones de procedencia de la omisión impropia, en abstracto, es una cuestión distinta, como lo podrían ser los presupuestos de la denominada equivalencia entre el hacer y no hacer, y que se abordará parcialmente, más adelante en este informe.

La segunda tesis, en un nivel ya no exclusivamente de fundamentación, sino de interpretación de los tipos penales o problema de subsunción, sostiene la posibilidad de punibilidad en el derecho penal chileno, bajo el título de omisión impropia, de algunos grupos de los delitos de resultado de «modos» especificados.² Al igual que en la primera propuesta, se adelanta que los argumentos que se propondrán en el trabajo, para afirmar la punibilidad de este subgrupo, dependen de la amplitud de la descripción típica y no están centrados en consideraciones puramente normativas o de imputación.³

Primera parte: Fundamento de la punibilidad de los delitos de omisión impropia en el derecho penal chileno

Aproximación previa y toma de postura respecto a la definición y el alcance de los delitos de omisión impropia

El concepto de omisión impropia y los alcances del término no es una cuestión pacífica en la literatura penal comparada (Silva Sánchez, 2022: 389 y ss.) y nacional.⁴ Como expone Héctor Hernández, parte de la dogmática nacional ha distinguido dos denominaciones: si la omisión infringe un mandato, se denomina omisión propia; si infringe una norma prohibitiva, se denomina omisión impropia (Hernández, 2011: 22). La caracterización reflejaría que en ciertos casos las omisiones vienen expresamente descritas en los tipos penales, reconociendo que de dichos tipos se desprenden normas de mandato y, en otros, la omisión no está descrita en los tipos penales, sino que se obtiene a partir de la reinterpretación o transformación de los tipos penales comisivos de la parte especial, los cuales infringen normas prohibitivas. En este trazado, lo impropio de la omisión es que tendría el tratamiento y fundamento de una comisión y, por lo mismo, infringiría una norma prohibitiva y en este entendimiento es que se suele remplazar el término de omisión impropia por el de «comisión por omisión»,⁵ que parece ajustarse mejor a la conceptualización mostrada, en tanto la omisión sería, en último término, una forma de comisión. Con todo, esta última aproximación me parece errada.

2. Desde ya se advierte que a propósito se omite el término «medios comisivos» dado que la amplitud de especificaciones que se encuentran descritas en la parte especial respecto de distintos delitos desaconseja utilizar la palabra «comisivos». Además, porque los delitos de resultado también pueden ser determinados mediante medios «omisivos», véase el tercer apartado de la primera parte de este trabajo.

3. Sobre el concepto y la posibilidad de una lectura normativa de los tipos penales en lo que atañe a la omisión impropia, véase Ossandón Widow (2013).

4. Véase Hernández (2011: 22). Para consultar una aproximación distinta, véase Piña de Rochefort (2011: 115 y ss.).

5. Véase críticamente sobre la utilización de este término en Mañalich (2014: 227 y ss.).

Resumiendo en extremo y utilizando las definiciones dadas por Juan Pablo Mañalich, en los delitos de resultado puros, el tipo de acción sometido al respectivo operador deóntico queda determinado por una descripción resultativa, esto es, una descripción que especifica un estado cuya producción, destrucción, prevención o preservación es un resultado de una acción particular, por lo que el resultado sería la descripción misma del tipo penal (Mañalich, 2014: 32 y ss.).

Luego refiere que, en los delitos comisivos de resultado, el tipo de acción sometido al operador deóntico prohibición se identifica con un tipo de acción productiva o destructiva; paralelamente, en los delitos omisivos de resultado, el tipo de acción sometido al operador deóntico mandato (o requerimiento) se identifica con un tipo de acción impeditiva o preservativa (Mañalich, 2014: 34 y ss.). Esto evidencia, por ejemplo, que producir la muerte de alguien —o destruir el estado de persona viva— no es lo mismo que no impedir la muerte —o no preservar el estado de persona viva— (Wilenmann, 2016: 297; Contesse Singh, 2017: 24 y ss.). En otras palabras, describir la producción de la muerte de alguien no es lo mismo que describir el no impedimento de la muerte de otro (Mañalich, 2014: 229 y ss.).

En conexión con lo expresado es que se ha sostenido, por Mañalich y Contesse en la dogmática nacional, que la impropiedad de la omisión impropia es su forma de tipificación (Wilenmann, 2016: 233 y 234; Contesse Singh: 24 y ss.). Por una parte los delitos de omisión propia describen el comportamiento omisivo, no así los delitos de omisión impropia, los cuales se interpretan u obtienen a partir de tipos penales de la parte especial que, en principio, describen un comportamiento comisivo (Wilenmann, 2016: 303 y ss.). Esta línea de reflexión no presupone que la punibilidad de la omisión impropia se extraiga únicamente de los tipos penales de la parte especial, sino que necesitaría de una justificación y elementos adicionales, como podría ser la existencia de una cláusula general que reconozca la posibilidad de punibilidad de delitos de omisión impropia (Contesse Singh, 2017: 24 y ss.). Esto último es justamente uno de los debates que se aborda en este trabajo.

En cuanto a lo esbozado en el párrafo anterior, estimo que la denominada impropiedad no se define únicamente por su extraña forma de tipificación, sino más precisamente, por la ausencia de una descripción específica de la omisión en los tipos penales de resultado. Sin embargo, se enmarca en una carencia de descripción más general y amplia, que también es compartida en ciertos delitos comisivos. En concreto, es la ausencia de descripción un elemento común, tanto de los delitos omisivos como en los comisivos, en los tipos de resultado puros o resultativos y, también, de ciertos tipos de «modo» especificado. Esto es un indicio relevante a la hora de entender la similitud con que deben ser tratados los grupos de delitos comisivos y omisivos en los delitos de resultado puros.⁶

6. Véase el tercer apartado de la primera parte de este artículo.

A la vez, como segundo punto a considerar críticamente de la terminología y aparato conceptual de la llamada comisión por omisión, Javier Wilenmann (2016: 302) expresa que entender que la omisión impropia debe ser tratada como si fuera una comisión, infringiendo, por ende, una norma prohibitiva, elude el real problema de la discusión, el cual discurre por determinar el fundamento y la delimitación de la norma infringida por una omisión; en adición, evita ahondar sobre el problema de la equivalencia formal entre la comisión y la omisión. Comparto totalmente este planteamiento.

Esta toma de postura sirve de marco conceptual de lo que a continuación someramente se intenta ofrecer, y que puede ser representado a través de múltiples interrogantes: si la omisión impropia infringe una norma de requerimiento o mandato ¿dónde se encuentra o de dónde se desprende dicha norma?, ¿cuál es el fundamento en el ordenamiento jurídico penal chileno de la punibilidad de la omisión impropia? y ¿la omisión impropia solo es punible en los delitos de resultado puros o resultativos, o también en otras categorías clasificatorias vinculadas a esta?

Tres alternativas respecto a la punibilidad de la omisión impropia en el derecho penal chileno

Resulta indiscutible que, en Chile, tanto para la dogmática⁷ como para la jurisprudencia⁸ mayoritarias, los delitos de omisión impropia son punibles. Ahora, dicha certeza se enfrenta a un importante escollo, mucho menos profundizado y con menor consenso, pero tal vez incluso de mayor relevancia, que es determinar el fundamento de la punibilidad de los delitos de omisión impropia en el derecho penal chileno.

En cuanto al fundamento de la (no) punibilidad de la omisión impropia en nuestro ordenamiento jurídico, cabría reconocer tres posibilidades.⁹ La primera de ellas consiste en afirmar que la omisión impropia es punible dado que existe una norma, a modo de cláusula general, explícita o implícita, que permite la transformación o reinterpretación de ciertos tipos penales comisivos de la parte especial en delitos omisivos. Para plastificar la tesis, el delito de homicidio simple sería un delito de resultado que prohíbe acciones comisivas y no omisivas, pero en virtud de una norma general, se puede reinterpretar o transformar dicho tipo comisivo en uno omisivo, esto es, de omisión impropia.

7. Véase Hernández Basualto (2011: 22 y ss.); Cury Urzúa (2005: 679 y ss.); también Etcheberry (1999: 203 y ss.); además, Garrido Montt (2003: 183 y ss.); Ossandón Widow (2013: 443 y ss.); y desde un punto de vista de la fundamentación de la compatibilidad de la omisión impropia con el principio de legalidad, véase Wilenmann von Bernath (2016: 300 y ss.); y contrario a la afirmación que la omisión impropia sea un hecho punible bajo el derecho penal chileno, véase Contesse Singh (2017: 16 y ss.).

8. Véase sobre el reconocimiento jurisprudencia temprano en el derecho penal chileno Rojas Aguirre (2018: 687 y ss.); también, Ossandón Widow (2015).

9. Estas posibilidades o puntos de vista son los identificados por Silva Sánchez (1997: 58 y ss.).

Esta tesis parece presuponer que la necesidad de su establecimiento se encuentra en que en la tipificación de delitos de resultado puros o resultativos se excluye la descripción de omisiones. Sin embargo, es importante separar dos cuestiones independientes. Es perfectamente concebible la inclusión de una cláusula general en el ordenamiento jurídico y, paralelamente, defender que ya era punible la omisión impropia antes de la inclusión de dicha cláusula general.¹⁰

En la segunda posibilidad, la punibilidad de los delitos de omisión impropia proviene de la descripción e interpretación de cada tipo penal de la parte especial, por lo cual no habría una necesidad conceptual de una cláusula general. Es decir, el problema se centra en la interpretación de cada tipo penal conforme a sus peculiaridades y estructura, además de la determinación de los requisitos de tipicidad. Nótese que este segundo punto de vista no excluye ni es necesariamente un argumento contrario a la inclusión de una cláusula general en un ordenamiento jurídico determinado, dado que, a pesar de encontrar el fundamento de su punibilidad en la parte especial, una inclusión general puede permitir una mejor especificidad y determinación de requisitos de la omisión impropia,¹¹ tal como se expresó en el párrafo anterior.

Hasta ahora, los dos puntos de vista permitirían la punibilidad de la omisión impropia con algunas diferencias, entre estas el foco de qué se interpreta y cuáles son las limitaciones de aplicación e interpretación derivadas del principio de legalidad.¹²

Con todo, la diferencia conceptual depende finalmente del hallazgo o no de dicha cláusula general en el ordenamiento jurídico. Es decir, si bien puede haber una discusión de conveniencia o pertinencia, ello no escapa a la efectiva constatación institucional de existencia o no de dicha regla.

La tercera posibilidad, definida negativamente, consistiría en la no punibilidad bajo el derecho penal chileno (Contesse Singh, 2017: 27 y ss.) de la omisión impropia por, primero, la ausencia de una norma general y, segundo, no encontrarse abarcada

10. Sin ser esta idea un argumento fuerte, es la que mejor se adecúa a la historia de la omisión impropia en ciertos ordenamientos jurídicos comparados, esto es, la práctica generalizada de su punibilidad aún en ausencia de una cláusula general y luego su inclusión, como ocurrió en el derecho penal español y alemán, y como podría ocurrir en el derecho penal chileno en caso de reformarse en algún momento el Código Penal.

11. Contrariamente a esta idea, Silva Sánchez, quien es del parecer que, atendido que la omisión impropia encuentra su fundamento en cada uno de los tipos penales de la parte especial pertinentes, la inclusión de una cláusula general genera distorsiones en la determinación de los requisitos de la categoría, véase Silva Sánchez (1997: 60 y ss.). Por otra parte, Carnevali Rodríguez (2009: 160 y ss.) apoya la tesis anterior, y la posibilidad de interpretación de la omisión impropia a partir de cada uno de los tipos penales, pero por razones distintas a las expuestas en este artículo.

12. Véase Wilenmann von Bernath (2016: 304 y ss.). Además, sobre la preferencia de una interpretación específica de cada tipo penal por sobre la conveniencia de una cláusula general, véase Silva Sánchez (1997: 58 y ss.).

la descripción de la omisión en cada uno de los tipos penales de la parte especial pertinentes, en tanto dicha construcción dogmática —de la omisión impropia—. Por ende, la eventual punibilidad de este grupo de delitos sería contraria al principio de legalidad consagrado a nivel constitucional en su versión de prohibición de analogía *in malam partem*¹³ en caso de sustentarse en los tipos penales de la parte especial.

Respecto a la primera posibilidad, es evidente que el derecho penal chileno no cuenta con una cláusula general expresa, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos comparados,¹⁴ los cuales sí reconocen y determinan en su parte general los requisitos y punibilidad de la omisión impropia. En esta línea, parte importante de la doctrina nacional ha sostenido la necesidad de incluir una cláusula general, tal y como se puede apreciar en el artículo 11 del Anteproyecto de Código Penal de 2018, el artículo 11 inciso segundo del Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 2015¹⁵ y el artículo 12 del Anteproyecto de Código Penal de 2013.¹⁶

Ante la ausencia de una norma explícita, entre quienes postulan la existencia de una norma implícita positivada (Ossandón Widow, 2015), que fundamentaría la punibilidad de la omisión impropia, se ha esgrimido: 1) que el artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República refiere a la posibilidad sancionar conductas en términos amplios; 2) similarmente, que el artículo 1 del Código Penal define el delito como una acción u omisión¹⁷ y 3) finalmente, que el artículo 492 del Código Penal al describir los requisitos del delito imprudente contra las personas utiliza la expresión «el que ejecuta un hecho o incurre en una omisión»¹⁸ y sin contenerse omisiones ex-

13. Sobre el alcance de la prohibición de analogía, véase Kuhlen (2012: 159 y ss.).

14. Véase, a modo de ejemplo, el artículo 11 del Código Penal español, el artículo 13 del Código Penal peruano, el parágrafo 13 del Código Penal alemán y el artículo 40 del Código Penal italiano.

15. Artículo 11. Hecho punible. Es punible la acción u omisión ilícita y culpable descrita por la ley bajo señalamiento de pena. También es punible la omisión ilícita y culpable del impedimento de un resultado por parte de una persona especialmente obligada a ello, ya sea como responsable de proteger a otro o como responsable de controlar una fuente de peligro, si la producción de tal resultado se encuentra prevista por la ley bajo señalamiento de pena y la omisión de su impedimento fuere equiparable a su producción.

16. Artículo 12. Comisión por omisión. Comete también un delito quien omite evitar el resultado que la ley prohíbe irrogar, siempre que se encuentre especialmente obligado a ello en razón de la protección debida a una o más personas o de su deber de vigilar una situación peligrosa.

17. Al respecto, Rojas Aguirre (2021: 6) postula que: «Se parte de la base de que el concepto de delito acuñado por el Código Penal chileno (1874, artículo 1) incluye en su campo semántico a la omisión después tildada de “impropia”, de manera que esta regla funge como un reconocimiento implícito pero formal de este modo de realización delictiva».

18. Garrido Montt (2003: 181): «El artículo primero debe complementarse con lo que dispone el artículo 492, que se refiere a los cuasidelitos, donde se alude a los delitos de omisión en contra de las personas [...] no obstante que el Título VIII del Libro II no describe ninguno de esa naturaleza; de consiguiente, reconoce implícitamente que los delitos descritos como de acción en contra de las personas,

presas en los delitos contra las personas, significa que se previó su posibilidad por el legislador, a modo de construcción dogmática.¹⁹

En contra de los argumentos dados en el párrafo anterior, se puede esgrimir que del reconocimiento, al nivel más general, de la posibilidad de que en nuestro ordenamiento jurídico sean punibles las omisiones, no se desprende la oportunidad de punibilidad de omisiones impropias concretas respecto de tipos penales particulares. Tampoco parece ser suficiente la alusión al artículo que tiene aplicación práctica en situaciones de imputación imprudente en los delitos contra las personas.²⁰ Es más, el único límite al cual podrían aspirar como máximo los tres argumentos es sostener que no se puede limitar *a priori* el establecimiento de omisiones en los tipos penales particulares de la parte especial.

Me parece más clara la demostración de la inexistencia de una cláusula implícita de punibilidad si se invierte el orden de análisis de las asunciones de esta postura: en primer lugar, se reconocería qué tipos penales de la parte especial, como el homicidio simple, solo abarcan conductas activas; luego se sostiene que se lo reinterpreta como delito omisivo en virtud de lo señalado en los artículos 1 o 492 del Código Penal, o artículo 19 número 3 de la Constitución; sin embargo, estas normas nada dicen sobre dicha operación. Es decir, del reconocimiento de que en nuestro ordenamiento jurídico hay omisiones punibles (como lo serían las omisiones propias), no se deriva la punibilidad de las omisiones impropias.

Desde otro punto de vista, no se sostiene que el fundamento de la punibilidad de acciones positivas (de la comisión) se derive del artículo 1 del Código Penal y del artículo 19 número 3 de la Constitución, por referir a una acción. Por el contrario, la punibilidad de la comisión se deriva de cada uno de los tipos penales de la parte especial.

En cuanto a la segunda posibilidad, esto es, fundamentar la punibilidad de los delitos de omisión impropia en la interpretación particular de cada uno de los tipos penales de la parte especial, será el camino que se desarrollará a continuación. Para estos efectos será de gran utilidad parte del aparato conceptual clasificatorio común que se utiliza en derecho penal, sin olvidar que dicho cuerpo no es más que un conjunto de resúmenes y herramientas interpretativas de distintos tipos penales de la parte especial que comparten características comunes. Además, esta posibilidad no solo se

pueden ser ejecutados por omisión (omisión impropia). De modo que en nuestro sistema existen tanto los delitos de omisión impropia como los propios de omisión».

19. Si bien este argumento podría ser tomado como una forma de interpretación bajo un criterio histórico, igualmente hoy en día tendría que ser relativizado por la inclusión del inciso segundo del artículo 403 bis del Código Penal, mediante la Ley 21.013.

20. En el mismo sentido crítico, ahondando sobre cada uno de los argumentos, véase Ossandón Widow (2013: 444 y ss.).

estima dogmáticamente correcta, sino que también se entiende acorde con el ordenamiento jurídico penal chileno, ya que, descartada la existencia de una cláusula general, no podría ser sino esta vía el fundamento de la punibilidad de la omisión impropia.

La tercera posibilidad, esto es, la no punibilidad de la omisión impropia por la inexistencia de una cláusula general y la imposibilidad de interpretación a partir de los tipos penales de la parte especial, como se manifestó, no parece ser acorde a nuestra tradición jurídica, pero ello no es para nada un argumento suficiente. Lo atingente es que esta tesis solo sería correcta ante el defecto de las anteriores. Por lo tanto, su descarte se motivará en el desarrollo y justificación de la tesis anterior.

El fundamento de la punibilidad de la omisión impropia en cada uno de los tipos penales de la parte especial: Una aproximación desde la categoría «delitos de resultado»

Una de las principales diferencias entre los tipos penales es la que distingue entre delitos o tipos²¹ de resultado y delitos de mera actividad o comportamiento.²² Los delitos de resultado²³ son aquellos en los cuales dentro de sus elementos se describe un resultado que acaece de forma espacio-temporalmente separada y diferenciable de la comisión u omisión de la acción que la precede. En cambio, en los delitos de mero comportamiento, se describe una acción o una omisión y no se describe un resultado en los términos de la primera clasificación (Roxin, 2010: 328; Frister, 2022: 172).

La distinción es, por un lado, exhaustiva, ya que todos los delitos son de resultado o son de mero comportamiento, en el entendido que estamos en un Estado de derecho en el que no son punibles los pensamientos, y se presupone siempre una exteriorización de aquello que puede ser considerado antijurídico. Por otro lado, la clasificación es formal, en tanto que un hecho subsumible en el tipo penal puede generar resultados o efectos en el mundo; sin embargo, el objeto de análisis no es ello, sino lo requerido por el tipo penal para determinar que un delito se ha realizado en su totalidad. De esta forma, el delito de disparo injustificado es un delito de mero comportamiento, de forma independiente a que dicho disparo pueda haber generado alguna consecuencia en el mundo, lo cual ciertamente puede devenir en alguna relación concursal.

21. En adelante se utilizará indistintamente la terminología delitos o tipos de resultado, o en referencia a otras clasificaciones.

22. A lo largo de este trabajo se preferirá la terminología delitos de mero comportamiento, por ser más amplia la descripción, y para no instigar a equívocos, en tanto hay delitos de omisión que no son de resultado y, por tanto, al describirse una omisión en ellos, son de mero comportamiento, esto es, se realizan en su totalidad al verificarse el cumplimiento de todos los requisitos que describe el tipo penal.

23. El resultado puede coincidir con la lesión o peligro del bien jurídico, como puede que no. Son clasificaciones que obedecen a criterios de distinción diferentes, por lo mismo no se pueden confundir.

En un segundo nivel, los delitos de resultado se subdividen en delitos de resultado puros o resultativos y delitos de medios o modos especificados. Los primeros corresponden a aquellos en que la descripción típica se construye a partir de la descripción de un resultado, sin definir medios comisivos u omisivos concretos o particulares que se encuentren en conexión con ese resultado (Mañalich, 2014: 32 y ss.). En cambio, si se definen medios, comisivos u omisivos, o modos de otra índole, es un delito de resultado de medios o modos especificados (Mir Puig, 2007: 229 y ss.).²⁴ Generalmente se utiliza la terminología «medios comisivos especificados», sin embargo, la estimo restrictiva por dos razones: en primer lugar, no todos los delitos de medios son comisivos, también pueden describir una omisión. En segundo lugar, no todos los medios o modos son comisivos u omisivos, por ello introduzco la palabra «modos», dado que hay especiaciones que no presuponen una definición o modificación de la descripción típica.

Expresado lo anterior, focalizaré brevemente la atención en los delitos de resultado puros o resultativos. En estos, la descripción típica gira en torno a determinar qué cuenta como resultado, y cuál sería la modificación perjudicial del estado de un objeto en relación a una propiedad (Mañalich, 2014: 35 y ss.), ya que los delitos de resultado puros no describen una comisión o una omisión específica vinculada con el resultado, la que en todo evento tiene que concurrir y encontrarse en alguna forma relacionada con este. Si el tipo contuviera alguna descripción del comportamiento, ya no se trataría de un delito de resultado puro, sino de medio especificado. El delito de homicidio simple es un delito de resultado puro, en cambio, la estafa es un delito de resultado de medio especificado, ya que solo es relevante el perjuicio patrimonial que sea resultado de un engaño.

En este esquema, una primera característica de un delito de resultado es, en primer lugar, aquel que contiene la descripción de aquello que cuenta como resultado, por ejemplo, la muerte de una persona, la destrucción de una cosa o el perjuicio patrimonial. En segundo lugar, exige una conexión entre el comportamiento con el resultado. Utilizo esta terminología amplia, conexión, porque otro debate distinto, y que no abordaré, es en qué consiste dicha relación: para algunos es la causalidad, sin embargo hay muchas teorías de la causalidad, algunas incompatibles entre sí; para otros es la imputación objetiva, o se sostiene que ambas son necesarias (Roxin, 2010: 342 y ss.; Mañalich, 2014: 39 y ss.; Puppe, 2014: 209 y ss.). Adviértase que esa conexión está presente tanto en los delitos comisivos de resultado, como en los delitos omisivos de resultado (Roxin, 2014: 766 y ss.; Puppe, 2009: 286 y ss.). Ahora, lo que

24. Esta afirmación debe ser relativizada, ya que como se mostrará al final del trabajo, la categoría de delitos de resultado de modos especificados, que no contengan la descripción de un medio comisivo u omisivo, pueden ser, finalmente, clasificados como delitos de resultado puro o resultativos.

Tabla 1. Formas de comportamiento en los delitos de resultado y en los de mero comportamiento

Categoría	Subcategoría	Comportamiento	Descripción en el tipo
Delitos de resultado	Puros o resultativos	No describen comisión u omisión	En estos, ni la comisión, ni la omisión, se encuentran descritas en el tipo penal, siendo posible la aplicación de la teoría de la «omisión impropia».
	De medios o modos especificados. ¹	Modos o formas que no definen una comisión u omisión: requisitos subjetivos y modos propiamente tal. ²	
		Medios comisivos	En estos, la comisión o la omisión se encuentran descritas en el tipo penal. Y la posibilidad de la punibilidad de la omisión depende de la constatación de una descripción de dicha omisión, es decir, ajena al problema de la omisión impropia.
		Medios omisivos	
Delitos de (mero) comportamiento	Comisivos		
		Omisivos	

¹ En los delitos de resultado de medios especificados, la norma de sanción puede contener alternativamente tanto un hacer como una omisión, véase por el ejemplo el delito de administración desleal bajo el derecho penal chileno. También hago presente que la terminología medios especificados es ambigua, debido a que medios especificados puede describir un hacer o un no hacer, pero también otras circunstancias, ya que algunas formas que suelen denominarse medios especificados son circunstancias o modos que no cumplen con dicha función. Por ejemplo, piénsese en matar a otro mediante veneno, que es una circunstancia del homicidio calificado en el derecho penal chileno, realmente dicha forma no presupone si se trata de un comportamiento activo u omisivo, es concebible en ambas.

² En su estructura, al no definir medios comisivos u omisivos, no son distintos de los delitos de resultado puro o resultativo, solo requieren de exigencias adicionales.

es necesario para la realización del tipo, pero no se encuentra descrito en los delitos de resultado puros, es la individualización de la comisión u omisión respectiva.

Dicho esto, a partir de la herramienta interpretativa que diferencia tipos penales de la parte especial a partir de resultados, y ante la presencia o ausencia de descripción de una comisión u omisión, se puede ofrecer un esquema inicial, donde se observará cuándo es posible aquello que denominamos omisión impropia. Para aclarar el análisis y anticipar conclusiones, se presenta la **tabla 1**.

Expuesto lo anterior, se vislumbra con mayor nitidez que la ventaja de la técnica legislativa de establecer un tipo penal de resultado puro, es abarcar de forma amplia cualquier comportamiento que se encuentre vinculado con el resultado. Por lo tanto, justamente para estos casos, es la definición del vínculo lo que permite sostener la subsunción o no, ya sea la causalidad o la imputación objetiva. El costo de esta forma de tipificación es la menor delimitación del comportamiento. Ahora, esto es justamente lo que se resalta como impropio en este trabajo: la no definición de dicho requisito típico. Que es una indefinición común, tanto en los delitos omisivos, como en los comisivos.

Sin embargo, sí hay una diferencia entre los delitos comisivos y omisivos en este marco, y es su amplitud. La omisión podría entenderse no solo amplia, sino ilimita-

da, por lo mismo se debe complementar con requisitos adicionales, por ejemplo, la delimitación de alguna conexión específica y la teoría de la posición de garantía.²⁵ Ahora, la no limitación de comportamientos en relación con los delitos de omisión en los delitos resultativos, podría llevar a la idea de que en términos descriptivos, cualquier comportamiento en el mundo podría contar como un no impedimento de determinado resultado. Esta es en gran medida una conclusión ineludible, sin embargo, para dar respuesta a ella es necesario el desarrollo de una teoría sobre la conexión o vínculo que permita subsumir ciertas omisiones, por ejemplo, de causalidad explicativa o de imputación objetiva. Este aparente reproche, además, no es distinto en su estructura al que se efectúa respecto de los delitos comisivos. Justamente bajo la teoría de la causalidad de la *conditio sine qua non* se criticó su regreso al infinito, es decir, su excesiva amplitud, y son nuevas teorías sobre el vínculo o conexión las que permiten delimitar qué cuenta cómo una condición del resultado en derecho penal.

Por otra parte, son concebibles dos objeciones generales al posible entendimiento de que la omisión se encuentra contenida en los mismos tipos penales de resultado puros. La primera de ellas está referida a la conexión que es necesaria entre el comportamiento y el resultado. Sobre esto se podría decir que los delitos de resultado requieren de una conexión de causalidad, entendida en su forma más básica bajo la teoría de la *conditio sine qua non*. Sin embargo, dicha teoría, por una parte, ni siquiera es adecuada para los delitos comisivos y, por otra, muchas otras teorías de la causalidad o de la imputación objetiva resultan más apropiadas y sirven tanto para el delito comisivo como el omisivo (Puppe, 2009). Con todo, no se sigue de la descripción de los tipos que se requiera una sola forma específica de conexión. A la vez, si bien es correcto distinguir entre producir una muerte y no evitar una muerte, ello no es indiciario de qué cuenta como matar a otro, y no porque el hacer activo se amplíe o se interprete de una forma adscriptiva,²⁶ sino porque aquello que es matar depende de la existencia de la conexión entre el comportamiento y el resultado, y esa conexión puede ser usada tanto por teorías de la causalidad como por teorías de la imputación objetiva, y de distinta índole, tanto respecto de la comisión como de la omisión.

La segunda objeción no se centra en la conexión, sino en la posible delimitación del hacer u omitir. En esta, supuestamente, los tipos penales de resultado puro solo se realizarían por comisión y no por omisión, ya que describirían un hacer. Entre estos, el caso paradigmático sería el del homicidio, el que mate a otro contendría como requisitos: la muerte de otro, algún tipo de conexión entre el comportamiento

25. Sobre el problema de la identificación de la comisión y omisión, véase Schünemann (2009: 88 y ss.). Aunque la posición de garantía también puede tener lugar en aquellos casos difíciles en que existe ambigüedad sobre la comisión u omisión, o que igualmente parece pertinente, véase Wilenmann (2016: 311 y ss.).

26. Véase, sobre esta argumentación, Ossandón Widow (2013: 452 y ss.).

y la muerte, y una acción comisiva de matar. Bajo esta caracterización, sin duda, la omisión se encontraría excluida de la descripción.

Pero ante esta situación hay varias respuestas o contracríticas. En primer término, de seguirse esta tesis, la omisión impropia solo sería posible apelando a una cláusula general o alguna regla que permita la reconstrucción del tipo penal comisivo en uno omisivo, la cual es inexistente en el derecho penal chileno, pero como se ha planteado, este argumento es insuficiente. En segundo término, la caracterización, entiendo, se desprende no de la constatación de un elemento descriptivo de los tipos penales de la parte especial, sino del tipo de conexión necesaria entre el comportamiento y el resultado, ya que tanto en caso de que se produzca la muerte, como de que no se impida la muerte, es justamente la no descripción de la producción o no impedimento el elemento definitorio de los tipos penales de resultado puramente resultativo.

Adicionalmente, si se negase la posibilidad de que la omisión pudiese encontrarse contenida en cada uno de los tipos penales de resultado puro de la parte especial, y se vislumbrara que la única posibilidad es la reconstrucción de los mismos (mediante una cláusula o regla general) dicho proceso no solamente implica la introducción de una inacción, que no está expresamente descrita en el tipo, sino también de una conexión específica con el resultado distinta de la que se asume. Por ende, lo que se reprocharía en el proceso de reconstrucción no es haber matado a otro, sino no haber impedido la muerte de alguien, lo cual, en sentido estricto, no sería lo mismo que matar a otro bajo esos supuestos. En otras palabras, la omisión impropia no sería matar a otro.

Ahora bien, a modo de demostración de la tesis, si los tipos penales de resultado describieran solamente formas comisivas y no omisivas, no podría un tipo penal de esta índole contener medios especificados omisivos que se encuentren en relación con el resultado en el sentido inicialmente descrito en el tipo. Si el matar a otro significa producir la muerte de otro, dicha descripción no podría ser realizada por medios omisivos, en tanto que con estos últimos nunca producirían un resultado (de muerte), sino, solamente, no evitar o impedir el acaecimiento de un resultado (de muerte).

Para mostrar que lo anterior no es certero, me gustaría valerme de un ejemplo contenido en tipo penal de administración desleal, contenido en el artículo 470 número 11 del Código Penal chileno. La disposición mencionada señala: «Al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio». Como se puede observar, se trata de un delito de resultado, dado que se exige para la consumación la irrogación de un perjuicio, y según la lectura criticada se podría suponer que se requiere de la comisión de una acción que se relacione con el resultado, esto es, de la producción de un perjuicio. Sin embargo, en la segunda parte de la disposición se describen dos formas o medios especificados, de los cuales destaco el segundo: «Sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción

de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado». La referencia a *omitiendo cualquier otra acción*, bajo la lectura que se critica, tendría un inconveniente: no se puede irrogar un perjuicio omitiendo, sino solamente no impidiendo la irrogación de un perjuicio.

Esto demuestra que respecto del resultado perjuicio patrimonial, sí se puede producir o bien no impedir, no presuponiendo el tipo penal, en la descripción del resultado, una forma comisiva u omisiva.

De este modo, se aprecia que no es necesario abandonar el concepto de descripción de resultado ni sostener que se trataría de un problema puramente normativo, ya que el problema se deriva del reconocimiento de que los delitos de resultado puros o resultativos son indeterminados en comparación con los delitos de mero comportamiento y de resultado de medios especificados.

El único problema aparente que queda es que si se entiende que los tipos penales de la parte especial, que se encuentran dentro del grupo de los delitos de resultado resultativos, contienen la posibilidad de la omisión impropia, se confunde su fundamento con su caracterización. Pero esto sucede justamente porque lo sostenido es, en suma, que la omisión impropia es punible porque se contiene en cada uno de los tipos penales de la parte especial.

En conclusión, lo característico de los delitos de resultado, como se planteó, es que el comportamiento, ya sea comisivo u omisivo, sea diferenciable del resultado y que ambos extremos se encuentren en algún tipo de conexión o relación. Y lo peculiar de los delitos resultativos es que no se delimita en el tipo penal el comportamiento que se conecta con el resultado, que puede ser omisivo o comisivo, incluso en razón de tal indeterminación podría hablarse de «delitos de comisión impropios» (aun cuando resulte extraño a nuestras categorías). Por otra parte, por ser comisión y omisión diferenciables, infringen en el caso particular prohibiciones o mandatos, respectivamente.

Segunda parte: La punibilidad de la omisión impropia en los delitos de resultado de medios y de modos especificados

Delitos de resultado resultativos o puros y delitos de resultado de medios y modos especificados

En la primera parte quedó establecido que sí se puede afirmar la punibilidad de los delitos de omisión impropia en los delitos de resultado puros o resultativos a partir de la interpretación de cada tipo penal, sin necesidad de una cláusula general, sin ser una crítica a la necesidad de establecerla, para así clarificar los requisitos de la omisión impropia.

Queda, para esta segunda parte, responder: ¿es posible la punibilidad de los delitos de omisión impropia en los delitos de resultado de medios o modos especificados? Y la respuesta está en un punto medio, en parte porque la clasificación usual también está en un punto medio o no es del todo precisa.

El argumento para negar dicha posibilidad, en su estructura, es bastante similar al de la no posibilidad de entender que la omisión impropia se encuentra contenida en cada uno de los tipos penales de la parte especial, pero ahora ya no referido al verbo típico, sino a la determinación de supuestas formas de comisión (Cox Leixelard, 2017). La tesis criticada tiene la siguiente estructura: si en el tipo penal se determinan modos de comisión, se presupone que el legislador ha excluido la posibilidad de punibilidad de la omisión, dado que solo aceptó la punibilidad de formas comisivas. Sobre este punto nótese que sería lo mismo si se entiende que los delitos de resultado presuponen solo la forma de producción de un resultado, ya que si el legislador pensó solo en un hacer activo al describir el tipo, habría excluido la posibilidad de la omisión, esto es, el no impedimento.

La idea anterior, en lo relativo a medios comisivos, puede ser correcta, pero solamente en el caso de que efectivamente se haya establecido únicamente alguna forma de comisión como medio de especificación y, en todo evento, no se puede entender del modo generalizador que se ha propuesto. Esto se debe a que aquellos tipos penales que se denominan usualmente de medios comisivos no siempre describen medios comisivos propiamente tales, sino en muchas ocasiones simplemente requisitos adicionales o modos, necesarios para la configuración del tipo.

Para cristalizar aún más el planteamiento, el delito de homicidio, contenido en el artículo 391 número 2 del Código Penal contiene un tipo penal de resultado puro,²⁷ en tanto se establece como elemento del tipo el resultado de muerte, y no se describe expresamente qué se subsume como un comportamiento en conexión con ese resultado, es decir, qué cuenta como un hacer o no hacer de matar. Ahora, el artículo 391 número 1 del Código Penal, que tipifica el delito de homicidio calificado, contendría medios o modos especificados, no todos necesariamente comisivos,²⁸ y no excluyendo todos la posibilidad de la omisión impropia (Politoff, Grisolía y Bustos, 1993: 113 y ss.).

Piénsese en el que mate a otro bajo la circunstancia primera, esto es, por premio o promesa remuneratoria, en el siguiente ejemplo: A le paga a B, que es un facultativo, para que no impida la muerte de C que se encuentra a su cuidado. En el mismo senti-

27. El artículo 391 del Código Penal dice: «El que mate a otro».

28. Sobre esta idea, Politoff, Grisolía y Bustos sostienen: «Más adelante se verá, sin embargo, que algunos medios, como por ejemplo el veneno, pueden conducir a una calificación del homicidio, pero ello no significa sino una especie de un género que no admite restricciones en cuanto a las formas de perpetración» (1993: 61).

do, A le paga una suma de dinero a B, que es salvavidas, para que no salve a C cuando este último se está ahogando. En otra circunstancia, considérese la de matar a otro por medio de veneno en el siguiente ejemplo: concurriendo los requisitos del caso y en un contexto médico, A (que es facultativo) se percata de que su paciente B no está tomando su medicamento, sino un veneno, y sin embargo no hace nada para evitar que su paciente lo ingiera, por lo cual este muere (Politoff, Grisolia y Bustos, 1993: 61).

Los ejemplos descritos muestran la necesidad de caracterizar de mejor forma aquello que en este caso se propone nombrar bajo el título «medios y modos especificados».

Breve tipología de los denominados «medios y modos» especificados en los delitos de resultado según su descripción

Bajo esta clasificación, y conforme a la descripción típica, observo que se podrían clasificar en: i) medios especificados comisivos, ii) medios especificados omisivos, iii) formas o medios especificados subjetivos y iv) modos o formas distintas de las anteriores.

Un medio especificado comisivo sería el de aportación de antecedentes falsos en el delito de obstrucción a la investigación. El artículo 269 bis del Código Penal dice: «El que [...] obstaculice gravemente el esclarecimiento de un hecho punible o la determinación de sus responsables, mediante la aportación de antecedentes falsos». En este caso, el resultado, obstaculización de la investigación, solo es típico en tanto sea el resultado de la aportación de antecedentes falsos, pero no lo sería, por ejemplo, como producto de la omisión. Piénsese en que contra la voluntad de una persona, se le incautan documentos que son falsos para ser incorporados en una investigación penal, y la persona no dice nada o incluso se opone sin dar motivos a la entrega de dichos documentos.

Un medio especificado omisivo es el mostrado con anterioridad en el delito de administración desleal, en el cual se tipifica el irrogar un perjuicio patrimonial por parte de quien tiene a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, omitiendo cualquier acción manifiestamente contraria al interés del titular del patrimonio afectado, como se desprende de la lectura del artículo 470 número 11 del Código Penal.

Hago presente que entre las dos subclasificaciones anteriores, de medios especificados comisivos y de medios especificados omisivos, podría surgir una subclasificación intermedia o nueva, y es aquella que refiere a la descripción de medios especificados que serían a la vez comisivos y omisivos en abstracto. Sin entrar a la discusión, piénsese en la posibilidad de que el engaño en la estafa, que es un medio especificado que se debe encontrar en conexión con el perjuicio patrimonial, abarque o no la omisión o silencio como engaño (Hernández, 2011: 16 y ss.).

Forma o medio especificado subjetivo, si se lee de esa forma,²⁹ sería la calificante de premeditación contenida en la circunstancia quinta del artículo 391 número 1 del Código Penal, que tipifica el homicidio calificado. Y la única diferencia que se puede observar en el ejemplo con los elementos subjetivos de tendencia interna trascendente e intensificada, es que el momento es anterior,³⁰ pero en muchas hipótesis no será sino solo otro punto de vista, u otra cara de la moneda, de las clasificaciones de elementos subjetivos de los tipos penales.

Modos o formas distintas, que no presuponen una comisión u omisión, son figuras de diversa índole, que se adecuan al comportamiento que se analiza: por ejemplo, la circunstancia segunda, de premio o promesa remuneratoria, o la circunstancia tercera, referida al homicidio por medio de veneno, ambas pertenecientes al delito de homicidio calificado.

Consideraciones a partir de la tipología ofrecida en relación con los delitos de omisión impropia

La primera consideración surge a partir de la necesidad de precisar qué es un delito de medio o modo especificado. El «homicidio calificado», como género, no es un delito de medio especificado, sino que lo es, por ejemplo, el homicidio calificado por la circunstancia primera de alevosía, o por otra de sus calificantes. Es necesaria esta precisión porque ante distintos medios o modos de especificación del comportamiento contenido en el tipo penal, son distintas las consecuencias que se derivan para la omisión impropia.

La segunda conclusión es que no es posible la omisión impropia en los delitos de medios especificados si un tipo penal contiene solamente uno o varios medios especificados comisivos. Sería el caso del delito de lesiones del artículo 397 del Código Penal, si se apoya la lectura de que el resultado es el de lesiones y que los medios comisivos son herir, golpear y maltratar, y que las tres formas describiesen solo formas activas o de comisión (Rettig Espinoza, 2008: 324 y ss.).

La tercera es que si un delito de resultado contiene un modo especificado de omisión, dicha omisión no se analizaría bajo la estructura de la omisión impropia, sino bajo los presupuestos de que la omisión cumpla o no con las características de la descripción típica. En este sentido, tendría un abordaje similar al de los delitos de mero comportamiento, pero de forma adicional se requiere de un resultado que esté vinculado con la omisión.

29. Véase sobre la conceptualización de la premeditación en Politoff, Grisolia y Bustos (1993: 128 y ss.).

30. Pero esto sería característico de esta calificante y de afirmarse el criterio cronológico de la premeditación, véase Politoff, Grisolia y Bustos (1993: 128 y ss.).

La cuarta consideración es que si se está ante un delito de resultado de medio especificado subjetivo, este no es incompatible con la estructura de la omisión impropia, y tampoco con el fundamento de tipificación, dado que a nivel de comportamiento, tiene las mismas características que un delito de resultado puro o resultativo, al no individualizarse una comisión u omisión.

La quinta consideración, es que ante un modo especificado de otra índole, que no afecte la descripción típica, también es concebible y posible la aplicación de la estructura de la omisión impropia. En cuanto a estos, ya se ofreció como ejemplo el premio o promesa remuneratoria y el veneno en relación con el delito de homicidio calificado.

A modo de aclaración, sobre todos los casos en que es posible la omisión impropia, esta condición debe sujetarse a que la descripción típica y sus requisitos no sean incompatibles con la misma. Esta consideración no es, por cierto, novedosa, y se puede encontrar en la dogmática comparada.³¹

Finalmente, se habrá notado que aquellos delitos de resultado que se denominaron de «formas o modos especificados», por contraposición a aquellos que se les denominó de «medios comisivos u omisivos», no son sino delitos de resultado puro, en tanto se encuentra ausente la descripción de un comportamiento propiamente tal. Ahora, esta cuestión clasificatoria no es el núcleo del argumento e igualmente se puede efectuar una reclasificación manteniendo los criterios de distinción ofrecidos.

Omisión impropia y la diferencia entre los delitos de resultado de medios o modos especificados y los delitos de mero comportamiento o actividad

Antes de analizar someramente lo que se propone bajo esta sección, se debe aclarar que la terminología que se estima adecuada es la de delitos de mero comportamiento y no de delitos de mera actividad, debido a que existen tipos penales que sin describir un resultado describen una acción, como otros que describen una omisión. Lo relevante es que lo referido es un simple comportamiento, sin requerir adicionalmente un resultado³² para la consumación del delito.³³ En otros términos, la base de la categorización, entre delitos de resultado y delitos de mero comportamiento, es si el tipo penal tiene lugar o no, únicamente, con la verificación del comportamiento descrito.

Dicho esto, hay delitos de mero comportamiento comisivos, como el de violación de morada descrito en el artículo 144 del Código Penal, que utiliza el verbo *entrare*

31. Véase, sobre la omisión impropia no solo en los delitos de resultado resultativos, y dependiendo de la descripción dada en el tipo, en Jakobs (1997: 954 y ss.); en otros términos, Kaufmann (2006: 103 y ss.).

32. Véase Novoa Monreal (2005: 245). También se le denominó a esta categoría «delitos formales» véase el mismo; adicionalmente, Labatut Glens (1976: 161 y ss.).

33. Véase la tercera sección de la primera parte de este trabajo.

(en morada ajena). Y hay delitos de mero comportamiento omisivos, ya paradigmático y conocido es el supuesto de la omisión de socorro del artículo 494 número 14 del Código Penal.

Por ende, se verifica una primera diferencia crucial: en los delitos de mero comportamiento no es requisito típico un resultado, y esto implica que si hay algún problema respecto a la omisión en esta clasificación, no es uno de omisión impropia en el entendido de los apartados anteriores. Esto se debe a que la omisión impropia se caracteriza por la ausencia de descripción pero ante la efectiva descripción de un resultado.

Ahora, en un segundo nivel, si se está ante un delito de mero comportamiento comisivo, no sería posible la omisión, ni propia ni impropia,³⁴ pero no porque con la descripción de una comisión se haya descartado la omisión, sino más precisamente, porque lo único que constituye delito es la comisión individualizada que se tipifica. Del mismo modo en que no puede subsumirse en el tipo ninguna omisión, tampoco podría subsumirse en el tipo otras formas de comisión que no se encuentren descritas, por muy semejantes que sean, ya que es ello lo prohibido en la versión de proscripción de analogía del principio de legalidad.

Por otra parte, si se está ante un delito de mero comportamiento omisivo, como lo es la omisión de socorro, o la del numeral 12 del artículo 494 del Código Penal, tampoco tendría lugar la discusión de la estructura y procedencia de la omisión impropia. Ya que la omisión se encuentra expresamente descrita, es decir, se está frente a una omisión propia.

Mismo problema ocurriría si se trata de un delito de mero comportamiento que en la descripción típica pareciese describir tanto una comisión como una omisión. En ese caso no tendría lugar la teoría de la omisión impropia, sino un problema interpretativo referido a al comportamiento individualizado. A modo de ejemplo, en esta categoría estaría el delito del numeral 10 del artículo 494 del Código Penal, que tipifica: «El médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona que incurriere en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas». Aquí entiendo que tanto una comisión como una omisión podrían ser subsumibles en la descripción de descuido culpable. Misma consideración vale para el delito del numeral 17 del mismo artículo: «El que quebrantare los reglamentos o disposiciones de la autoridad sobre la custodia, conservación y transporte de materias inflamables o corrosivas o productos químicos que puedan causar estragos», en lo referido a quebrantamiento de reglamentos o disposiciones de la autoridad.

34. A favor de la aplicación de la teoría de la omisión impropia en los delitos de mero comportamiento, véase Ossandón Widow (2015: 452 y ss.); también, Riggi (2017: 165 y ss.). En contra, véase Cox Leixelard (2017: 185 y ss.) y Ragués i Vallès (2017: 209 y ss.).

Conclusiones desde una perspectiva práctica

El derecho penal chileno no cuenta con una cláusula general explícita o implícita de reconocimiento de delitos de omisión impropia. Y el único fundamento de punibilidad se encuentra en cada uno de los tipos penales de la parte especial, en concreto, cuando este es posible en los delitos de resultado puros o resultativos y en los delitos de modos especificados, ya sea de carácter subjetivo o modos propiamente tal, en contraposición a medios comisivos u omisivos.³⁵

Se debe recalcar que si el sustento de diferenciación entre delitos de resultado «puros» y delitos de resultado de «medios especificados» es la descripción o no de un hacer o no hacer en conexión con el resultado, los delitos de «modos especificados» son, en último término, delitos de resultado puro si no se describe en ellos una comisión o una omisión.

Para continuar, en estos casos la omisión, que recibe el tratamiento de impropia, contraviene un mandato o requerimiento que se desprende de la descripción del resultado en los delitos de resultado puro, dado que en estos lo único descrito es un resultado y, además, la necesidad de conexión entre el resultado y el comportamiento pertinente. Esto sucede del mismo modo en que se obtiene la comisión que contraviene una prohibición, en tanto tampoco se encuentra descrita en dicha categoría.³⁶ Por lo mismo, lo impropio de la omisión impropia es la ausencia de la descripción de la inactividad en el tipo penal, lo cual es un punto común con la comisión en los delitos de resultado puros, ya que tampoco se describe qué cuenta como hacer.

Por otra parte, es posible la punibilidad de la omisión en los delitos de resultado de medios especificados omisivos y los delitos de mero comportamiento omisivos, pero estos no suponen un problema de omisión impropia, esto es, de ausencia de descripción, sino de omisión propia, por encontrarse descrito el no hacer.

En los delitos de medios especificados comisivos y de mero comportamiento comisivos no es posible la aplicación de la teoría de la omisión impropia, ni tampoco son casos de omisión propia evidentemente, por no estar descrita la omisión,³⁷ como así tampoco otras formas de comisión no mencionadas en la descripción legal.

Referencias

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2009). «El delito de omisión, en particular la comisión por omisión». *Problemas de política criminal y otros estudios*. Santiago: Legal Publishing.

35. Véanse el tercer apartado de la primera parte y los apartados segundo y tercero de la segunda parte de este artículo.

36. Véanse la primera y tercera sección de la primera parte de este artículo.

37. Véase la tercera sección de la segunda parte de este artículo.

- CONTESSE SINGH, Javier (2017). «La omisión impropia como hecho punible. Acerca de la incorporación de una regla general de punibilidad de los así llamados “delitos de omisión impropia” en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal». En Ambos y otros (coordinadores), *Reformas Penales*. Santiago: DER.
- COX LEIXELARD, Juan Pablo (2017). «Humpty dumpty y los límites del voluntarismo». *Derecho, sanción y justicia penal*. Buenos Aires: BdeF.
- CURY URZÚA, Enrique (2005). *Derecho penal, parte general*. 7ª ed. Santiago: Ediciones UC.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1999). *Derecho penal. Tomo 1*. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FRISTER, Helmut (2022). *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi.
- GARRIDO MONTT, Mario (2003). *Derecho penal, parte general. Tomo 2. Nociones fundamentales de la teoría del delito*. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2011). «Comentario al artículo primero del Código Penal». En Jaime Couso Salas y Héctor Hernández Basualto (directores), *Código penal comentado*. Santiago: Legal Publishing.
- JAKOBS, Günther (1997). *Derecho penal, parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons.
- KAUFMANN, Armin (2006). *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons.
- KUHLEN, Lothar (2012). «Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía». En Juan Pablo Montiel (editor), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons.
- LABATUT GLENA, Gustavo (1976). *Derecho penal. Tomo 1*. 7ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014). *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*. Madrid: Marcial Pons.
- . (2014). «Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte). 21 (2): 225-276. DOI: [10.4067/S0718-97532014000200007](https://doi.org/10.4067/S0718-97532014000200007).
- MIR PUIG, Santiago (2007). *Derecho penal parte general*. 7ª ed. Barcelona: Reppertor.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (2005). *Curso de derecho penal chileno, parte general. Tomo 1*. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2012). «¿Leyes taxativas interpretadas libremente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal». En Juan Pablo Montiel (editor), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons.


- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2013). «Comisión por omisión del delito de favorecimiento de la prostitución de menores». En Ricardo Robles Planas y Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez (coordinadores), *La ciencia penal en la Universidad de Chile*. Santiago: Lom.
- . (2015). Tatiana Vargas Pinto (directora). «Caso “Madre inactiva”, SCS, 2/05/2001, rol 4519-00». *Casos destacados derecho penal, parte general*. Santiago: Thomson Reuters.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio (2011). «La omisión como pretexto. Las propuestas de normativización dogmática del primer Jesús-María Silva Sánchez». *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- POLITOFF, Sergio, Francisco Grisolia y Juan Bustos (1993). *Derecho penal chileno, parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PUPPE, Ingeborg (2009). «El resultado y su explicación causal en derecho penal». *Causalidad, riesgo e imputación*. Buenos Aires: Hammurabi.
- . (2014). «Causalidad». *El Derecho penal como ciencia, método del delito, tipicidad y justificación*. Buenos Aires: BdeF.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (2017). «Mera actividad en comisión por omisión: posibles respuestas». En Raúl Carnevali (coordinador), *Derecho, sanción y justicia penal*. Buenos Aires: BdeF.
- RETTIG ESPINOZA, Mauricio (2008). «Distinción entre lesiones menos graves y leves». En Luis Rodríguez (coordinador), *Delito, Pena y Proceso*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RIGGI, Eduardo Javier (2017). «¿La mera actividad en comisión por omisión?». En Raúl Carnevali (coordinador), *Derecho, sanción y justicia penal*. Buenos Aires: BdeF.
- ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio (2018). «Delitos de omisión entre libertad y solidaridad». *Política Criminal*, 13 (26): 682-738. DOI: [10.4067/S0718-33992018000200682](https://doi.org/10.4067/S0718-33992018000200682).
- . (2021). «Regreso a una teoría formal del deber jurídico en el ámbito de la omisión impropia». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 28. DOI: [10.22199/issn.0718-9753-2021-0008](https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2021-0008).
- ROXIN, Claus (2010). *Derecho penal, parte general. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas.
- . (2014). *Derecho penal, parte general. Tomo 2. Especiales formas de aparición del delito*. Madrid: Civitas.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2009). *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Madrid: Marcial Pons.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1997). *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona.

- .(2022). *El delito de omisión. Concepto y sistema*. 2ª ed. Buenos Aires: BdeF.
- SOTO, Miguel (1987). «Presupuestos para la formulación de una teoría jurídica del delito». *Revista de Legislación y Documentación en Derecho*. 9 (1): 1-39.
- .(2001). «Derecho y política en el Estado Constitucional de Derecho: el caso del Derecho Penal». *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- WILENMANN VON BERNATH, Javier (2016). «Sobre la estructura argumentativa de los delitos de omisión impropia. Al mismo tiempo, sobre los usos y problemas de una dogmática penal orientada sustantiva o formalmente». En Claudia Cárdenas Aravena y Jorge Ferdman Niedmann (coordinadores), *El derecho penal como teoría y como práctica*. Santiago: Thomson Reuters.

Nota

Una versión preliminar de este trabajo fue discutida en las Jornadas en memoria de Miguel Soto Piñeiro, de mayo de 2023, organizadas por el Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile.

Sobre el autor

ALEJANDRO GARCÍA CUBILLOS es relator titular de la Corte de Apelaciones de Santiago. Es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, y magíster en Derecho Penal de los Negocios y la Empresa por la Universidad de Chile. Su correo electrónico es garcia.cubillos.88@gmail.com.  <https://orcid.org/0009-0000-2012-3575>.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía

(www.tipografica.io)