

## *Omisión impropia y posición de garante\**

Por Marco A. Terragni

### **1. Regulación legal**

Para fijar los distintos aspectos del tema que serán objeto de este comentario es posible tomar como punto de partida, a falta de una previsión expresa en el ordenamiento positivo argentino, las nociones contenidas en el § 13 del Código Penal alemán que dice:

“Comisión por omisión.

1. Quien omite evitar un resultado perteneciente al tipo de una ley penal, es punible conforme a esta ley sólo cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no aconteciera y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

2. La pena puede disminuirse conforme al § 49, n° 1”.

### **2. Acción y omisión en la teoría del delito**

El interrogante acerca de si la omisión es algo real o si se trata de una idea generada por la norma, ha recibido respuestas dispares. La falta de coincidencia es inevitable pues en el fondo todo depende de la postura filosófica del intérprete.

Una síntesis extrema sería la siguiente:

a) La omisión existe en el mundo real. Parte de la doctrina sostiene que la omisión es una de las dos formas que puede asumir la conducta. No es simplemente una inacción sino es un no hacer, siendo ello posible, una cosa determinada.

Baumann apunta, “la conducta humana no puede consistir únicamente en realizar un movimiento corporal por ejemplo, levantar un brazo, sino también en no realizarlo, dejar el brazo caído”. “Quien quiera agregar otros elementos al concepto de acción –sigue Baumann– tropezará inmediatamente con dificultades insolubles y se verá obligado a abandonar el concepto general común a la acción y a la omisión”.

Argumentando así la quietud integra la continuidad del movimiento del mundo circundante, siendo que ella pudo ser enervada, perturbada o impedida en una forma precisa. Por ello la abstención, el no movimiento del hombre, que le era posible realizar a éste, queda relacionada con su entorno y adquiere el alcance de una especial proyección del sujeto en ese mundo. Desde este punto de vista, según Novoa Monreal constituiría un error concebir la acción y la omisión como fenómenos aislados de un sujeto individual, que son examinados en ese estrecho marco, desconectados de otras realidades.

---

\* Artículo publicado en el sitio web del doctor Marco A. Terragni.

b) La omisión es una idea que nace con la norma. Según nosotros lo entendemos, la acción y la omisión que interesan para elaborar una teoría del delito no son conceptos naturales, la significación de ellas depende de la regulación legal, de la estructura de cada tipo.

En el desarrollo de ese sistema, comenzar con el elemento *acción* tiene como meta descartar la imputación objetiva cuando existen causas internas o externas que impiden al hombre manifestarse como tal.

En ese orden, la valoración jurídica alcanza no sólo a la conducta que tuvo manifestación en movimientos externamente apreciables, sino también a la que se concretó en forma de inactividad.

Se descarta su relevancia de la misma manera. Así, si un hombre no hubiese podido, por ser el instrumento de fuerza física irresistible o por hallarse en estado de inconsciencia, realizar la conducta ordenada, no es válido considerar transpuesto el primer escalón de la teoría del delito, que permite ingresar al examen de las notas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

### **3. Tipo**

#### **a) Las normas en juego**

Una teoría tradicional afirma que en los delitos de comisión impropia el sujeto infringe los deberes contenidos en dos normas: una que prohíbe y otra que ordena. La desobediencia de una norma prohibitiva se produce como consecuencia de omitir la impuesta por otro precepto.

Se trata de delitos que, por lo general, no se hallan tipificados como de comisión por omisión. El intérprete debe recurrir a un tipo prohibitivo, que tiene por finalidad dar protección al mismo bien jurídico, que resulta lesionado también por la omisión.

Para considerar que la conducta omisiva es adecuada al tipo, un dato decisivo es la equivalencia de la omisión con el actuar positivo, tal como lo determina el § 13 del Cód. Penal alemán, “la omisión debe corresponder a la realización del tipo penal mediante un hacer. Si tal no sucediese la condena violaría el principio de legalidad”.

No respetan la necesidad de que exista esta equivalencia real aquellas legislaciones que solamente dicen, “no impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo”. Tampoco aparece el requisito de la correspondencia entre la acción y la omisión para la realización del tipo penal en los Proyectos para la reforma del Código Penal argentino de 1960 (Soler), 1973 (Porto, Aftalión, Bacigalupo, Acevedo, Levene y Masi) y 1979 (Soler, Aguirre Obarrio y Cabral).

#### **b) El principio de legalidad**

Se cuestiona este tipo de incriminaciones pues, mediante el mecanismo de castigar al que omitió proteger el bien jurídico lesionado, se coloca en crisis el principio de legalidad. Con mayor razón si está ausente una regulación genérica como la

del Código Penal alemán, la que podría salvar la objeción e interpretarse como uno de los modos de extensión del tipo y de la pena, similar a las prescripciones sobre tentativa y participación.

El § 13 de aquel Código procura resguardar las garantías individuales exigiendo, además de la correspondencia entre la realización del tipo mediante un hacer y un omitir, que el sujeto tenga el deber de responder jurídicamente de que el resultado no acontezca.

Este segundo requisito indica el carácter de la obligación, la que debe ser impuesta por el derecho. Sólo se podrá castigar, entonces, si es posible encontrar la norma jurídica que obligue a garantizar que no se produzca el resultado y que haga equiparable, p.ej., la conducta de matar y la de no impedir la muerte.

En la República Argentina, si entre los comportamientos fácticos matar y no hacer nada para imposibilitar la muerte faltase correspondencia, se violaría el principio de legalidad contenido en el art. 18 de la Constitución nacional si se castigase el segundo, pues el Código Penal alude al que “matarse a otro”, texto que no puede ser entendido literalmente como abarcando “no impedir la muerte”.

Es claro que los magistrados pueden realizar una interpretación extensiva, pero el riesgo que ello representa para las garantías individuales no puede pasar desapercibido.

Para justificar la equiparación Cobo del Rosal y Vives Antón razonan así: “las acciones indicadas por los verbos que se hallan en las figuras delictivas no remiten a una realidad puramente naturalística, sino a una realidad dotada de significado social. Así cuando jurídicamente decimos que alguien ha matado, no queremos expresar con ello que haya realizado una acción positiva de la que, como consecuencia, derivase la muerte, sino que la muerte de otro es imputable objetivamente a su conducta. Y la muerte será imputable objetivamente a su conducta, tanto si el autor ha producido efectivamente el resultado dañoso, cuanto si, pese a ocupar una posición de garante, desde la que asumía la tutela del bien, ha dejado que se produzca”.

Sin embargo no es posible aventar la sensación de que así se produce una suerte de creación libre del derecho. Se deja en manos de los jueces definir los presupuestos de la equivalencia de la omisión con la acción, con peligro de que se viole la prohibición constitucional de acudir a la analogía.

Tiene absoluta razón Stratenwerth cuando opina que la constitucionalidad de la sanción de los delitos impropios de omisión ofrece serios reparos, reservas que no se eliminan a través de una regulación como la del § 13 del Cód. Penal alemán. Acierta al decir que no han ayudado a reducir las objeciones constitucionales los intentos fracasados que se realizan para precisar en mayor medida la regulación legal: el hecho de que ciertos comportamientos considerados como merecedores de pena tuvieran que permanecer impunes no justificará ninguna lesión del principio fundamental del Estado de derecho, mucho más cuando la falta de límites claros en la ley determina que, en la práctica del marco jurídico al que Stratenwerth se refiere, se tienda a dar a la punibilidad de los delitos impropios de omisión una extensión intolerable. Según su razonamiento, la imposición de pena se tendrá que limitar, por lo menos, a aquellos casos en los que la equivalencia de la omisión con la acción positiva surge como incuestionable.

Existiendo un riesgo tan considerable de que quede anulado uno de los principios cardinales que resguardan la libertad individual, la interpretación debe ser no sólo cuidadosa sino decididamente restrictiva.

### **c) ¿Quién puede ser autor?**

Cuando el hecho se materializa por la omisión en que incurre el sujeto responsable de la indemnidad del bien jurídico, para considerarlo penalmente autor, se requiere acudir a pautas valorativas particulares. Éstas están enderezadas a determinar cuáles son las características objetivas del autor a que se refiere el tipo en esta especial hipótesis.

Solamente la conducta está determinada de manera expresa en el texto de la ley, en tanto que saber quién puede ser sujeto activo se infiere de pautas provenientes de otros ámbitos ajenos a la mera descripción legal del hecho punible. En otras palabras, falta la determinación expresa del círculo de autores por omisión impropia.

En el caso del homicidio básico, el art. 79 del Cód. Penal argentino no dispone que el hecho deba cometerlo alguien que tenga características especiales; sino puede ser la obra de cualquiera: “el que” matare a otro, expresa la ley. Pero cuando este delito se realiza mediante una omisión que tenga correspondencia con la realización del tipo penal mediante un hacer, sólo puede ser sujeto activo quien “debe responder jurídicamente para que el resultado no acontezca” (empleando las expresiones del § 13, Cód. Penal alemán). Es claro que esa persona no tiene el deber de evitar el resultado, sino el deber de evitación; es decir, de hacer lo que esté a su alcance para que no ocurra. Lo prohibido no es el resultado positivo sino no omitir, quien tiene el deber jurídico, la conducta necesaria y posible para que no tenga lugar el efecto típico.

Lo realmente decisivo en la materia es encontrar la norma que restringe el ámbito de la autoría, porque si el agente no debiese reunir requisitos especiales, el hecho que protagonizase sería de simple comisión.

### **d) Posición de garante**

Únicamente a quien reúne los requisitos especiales es posible formularle la imputación objetiva. Lo convierte en sujeto activo del delito de omisión impropia el hecho de que él tiene la responsabilidad, jurídicamente impuesta, de hacer lo posible para evitar la consecuencia.

Para graficar la situación, la doctrina dice que esa persona se halla en posición de garante.

Las dificultades comienzan cuando se trata de establecer de qué manera se constituye jurídicamente la obligación de asegurar la indemnidad del bien.

A la luz del texto legal que utilizamos para introducir el tema, sería superfluo insistir en que la búsqueda de las fuentes debe hacerse en el ámbito del derecho; no en el de la moral.

Parece una observación baladí, pues muchos estarán convencidos que las fronteras entre el derecho y la moral están ya definidas y no puede retroceder la historia. Sin embargo la advertencia no está demás en relación a este tema, resulta notorio que si se exagera exigiendo una mayor solidaridad, se puede caer fácilmente en posturas de base puramente ética, que ponen en riesgo los derechos individuales.

Así la tesis metajurídica ha llevado a soluciones tales como la de castigar como cómplice al marido que omitió impedir el perjurio de la esposa.

La Escuela de Kiel, por su parte, reemplazó el enunciado del deber de actuar configurando en su lugar un tipo de autor. El Proyecto de Código Penal alemán de 1936 establecía: “será punible por su omisión quien según el sano sentimiento del pueblo aparezca como autor”. Según Dahm, “se equipararían la omisión a la producción activa de un resultado, cuando el sujeto cumpliera según el sano sentimiento del pueblo con las prescripciones de un tipo de autor que subyace y da sentido al tipo penal”.

Salvando las distancias, la búsqueda de una persona a quien imputarle el incumplimiento de un deber impuesto por la convivencia social, o por la comunidad de vida o de peligro, tiene una cierta aproximación al derecho penal de autor, y encierra el riesgo de dejar de lado, por esa vía, el principio *nullum poena sine lege*.

#### e) ¿Debe la ley consignar cuáles son las fuentes?

La doctrina no es concordante acerca de si debe la ley enumerar las fuentes de esa obligación. Hay quienes opinan que es conveniente hacerlo en homenaje a la precisión y otros creen que una casuística semejante oscurece el tema, por los problemas de interpretación que así pueden multiplicarse.

En el proceso de reforma del Código Penal alemán se advirtieron las vacilaciones, el Proyecto oficial de 1958 traía el detalle, el Proyecto alternativo también y el artículo finalmente sancionado lo dejó de lado.

El Anteproyecto argentino de 1960 aludía “a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; a quien con su comportamiento precedente creó el riesgo, y a quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado” (art. 10). El Proyecto de 1973 al que “le incumbía el deber jurídico de cuidar que ese resultado no se produjera o cuando el riesgo que originara el resultado se hubiera creado con su comportamiento precedente” (art. 14). El de 1979 consignaba que el “deber de obrar incumbe a quien tenga una obligación especial de cuidado, protección o vigilancia derivada: a) de la ley; b) de un contrato; c) de una actuación precedente que comporte la asunción unilateral de alguna de aquellas obligaciones; d) de una actuación precedente que haya creado el riesgo inminente de que ocurriera el resultado” (art. 10).

Si la ley no menciona específicamente en qué casos surge el deber de obrar, ¿cómo se pueden identificar las fuentes?

La doctrina ha hallado varias respuestas, en algunos casos opta por una caracterización genérica, que alude a la confianza que generó la persona quien luego deja de actuar en salvaguarda del bien. Así se dice que tiene la obligación jurídica de

obrar para impedir una lesión a bienes jurídicos ajenos quien haya asumido una posición especial que le impone su defensa o quien haya creado una fuente de peligros para ellos o aumentado los riesgos ya existentes; todo ello con el fin de evitar que pueda producirse una lesión teniendo en cuenta que los afectados están imposibilitados de protegerse a sí mismos, o disminuyeron o eliminaron sus precauciones, o suprimieron un aparato de seguridad ya existente, o renunciaron a otras medidas de resguardo, confiados en que aquél sobre quien ahora recae la obligación intervendría activamente para impedir la lesión.

Para otra corriente no importa tanto la determinación de la fuente sino la existencia de una relación lo suficientemente estrecha entre el omitente y el bien jurídico amenazado, como para obligarlo a actuar en su guarda.

Esta forma de encarar el tema, empero, carece de precisión y deja de lado la necesidad de que el deber de responder esté jurídicamente impuesto y no derivado de un simple poder de hecho.

Además, la búsqueda de pautas de naturaleza axiológica ha llevado a incriminar una variedad de situaciones –a las cuales luego nos referiremos– que pueden extenderse por analogía hasta el infinito, con el consiguiente riesgo para los derechos individuales.

De todas maneras es verdad que la búsqueda de la fuente jurídica del deber de obrar debe dejar de lado aspectos puramente formales. En este sentido, incluir entre las vertientes el contrato no habilita a indagar, por ejemplo, si el mismo es válido o nulo. Esta advertencia la formulan Stratenwerth y Welzel insistiendo este último en la importancia de lo fáctico y no en la eficacia jurídico-civil del acuerdo. Lo que en realidad interesa es que se haya asumido la obligación, jurídicamente impuesta, de garantizar la intangibilidad del bien jurídico.

Las fuentes según Stratenwerth y Bustos Ramírez pueden ser de variada naturaleza: la ley, el contrato, el hecho anterior que pone en peligro el bien jurídico (injerencia), las relaciones especiales de comunidad, la asunción de una función de protección y la supervigilancia de fuentes de peligro que están en el propio ámbito de dominio o que se proyecta sobre el actuar de terceros.

Esta enumeración genérica es sólo un intento de clasificación, pues lo que realmente importa es que debe existir una estrecha relación entre el obligado y el bien jurídico que debe proteger, de manera tal que en sus manos esté el control de la situación.

#### **f) Imputación objetiva**

Quienes analizan el tema de la omisión desde la óptica causal, utilizan la teoría de la acción esperada para resolver el problema del nexo causal y con él el de la autoría: ¿cuándo una omisión es causal del resultado producido? Cuando ella es esperada por el ordenamiento jurídico. Y ¿cuándo es esperada?

En este punto el análisis se desplaza a la determinación de cuáles son los deberes jurídicos que pueden aceptarse como obligaciones de impedir un resultado y qué alcance tienen. Se produce así una mezcla de cuestiones causales con otras valorativas, sin que se pueda hallar una vía con lógica incuestionable.

En la actualidad se tiende a superar este tipo de dificultades, reconociéndose en general que la imputación objetiva se formula a quien tiene el dominio del riesgo. Este concepto de señorío posibilita la unificación sistemática de la teoría de la autoría, al funcionar como un principio superior a las cuestiones causales, entendidas éstas de la manera tradicional.

La correspondencia de la omisión con el comportamiento activo se establece invirtiendo las exigencias: no es la ejecución, sino el no evitar el resultado, lo que fundamenta la imputación objetiva. Además el resultado debe ser la concretización del deber de garante específico del sujeto.

### **g) Dolo**

Para que exista dolo en la comisión impropia el sujeto debe conocer el poder final de su hecho y que se encuentra en posición de garante. La finalidad radica en que el sujeto, conforme a su voluntad, ordena los medios de que dispone para no realizar las acciones mandadas, las que posibilitarían el resguardo del bien jurídico confiado a su custodia.

Así como se programa una actuación positiva, también se proyecta una conducta omisiva. Para que haya comisión por omisión dolosa tiene que existir el propósito de que el resultado acontezca y ello pone en duda la posibilidad de que la tipicidad culposa se realice mediante omisión impropia, tema sobre el que volveremos más adelante.

El conocimiento de las circunstancias que fundan el deber de actuar pertenece al dolo y el error en que el sujeto caiga será un error de tipo, en tanto que no podrá formularse el juicio de culpabilidad en caso de que incurra en un error invencible de prohibición; es decir, sobre la existencia y alcances del deber jurídico mismo.

Hay dolo cuando el omitente, en forma voluntaria, no procura impedir el resultado, conociendo que está en situación de garantizar que él no se produzca.

### **h) Problemas propios de la culpa**

Una primera aproximación al tema descartaría la posibilidad de delitos de comisión por omisión culpables, pues en los tipos culpables el efecto acontece por deficiente utilización de los medios que hubiesen permitido evitarlo. En este caso la resolución del hecho culpable se regiría por las reglas comunes.

Sin embargo es posible hacer las siguientes consideraciones, la existencia de culpa en la producción de un resultado por omitir el deber de cuidado puede derivarse del incumplimiento de una norma conminatoria. Así, la protección del bien jurídico o su defensa frente a peligros, constituirá a veces el deber principal derivado de un contrato, como los servicios de un guía de montaña, de ciertos instructores deportivos o de enfermeras.

Los obligados causan la muerte o lesiones (comisión) cuando dejan de realizar los actos que de ellos se esperan (omisión), sin que esos resultados lo hayan querido o ratificado (ausencia de dolo).

#### **4. ¿La materia pertenece a la parte general o a la parte especial?**

La regulación legal que utilizamos para iniciar este comentario haría superflua la pregunta, pues aquella norma del Código Penal alemán se ubica en la parte general.

Sin embargo es imposible que todos los delitos puedan ser objeto de comisión por omisión. Obsérvese que el § 13 del Cód. Penal alemán alude a los delitos de resultado.

Esta comprobación haría pensar en la posibilidad de que fuesen tipificados estos hechos, pero a la dificultad insalvable de imaginar todas las hipótesis factibles se agregaría la desaparición de la categoría, puesto que la tipificación los privaría de su naturaleza característica y los convertiría en otros más de los delitos propios de omisión que ya existen en los distintos códigos.

Manteniéndolos en la ineludible dependencia de un tipo ya existente, la posibilidad de comisión por omisión depende de los particulares contenidos de cada una de las figuras delictivas. Los casos en que sería factible son: homicidio y lesiones, abandono de personas, algunos casos de lesión de la libertad e injurias, la estafa y algunas formas asimilables entre los delitos contra la propiedad, así como la malversación de caudales públicos en la hipótesis del art. 262 del Cód. Penal argentino. Respecto de los restantes hechos culposos valen las consideraciones efectuadas respecto a la generalidad de esos tipos.

#### **5. Razón de ser de la disminución de pena**

Las especulaciones al respecto son por demás variadas, desde las puramente intuitivas (en su momento Groizard pensó que es menos intensa la maldad; para Sauer y Mezger se revela una energía delictual más débil) hasta las que buscan un fundamento de mayor rigor científico diciendo que la posibilidad de atenuación que contempla el § 13, n° 2 del Cód. Penal alemán responde a que comúnmente el contenido de culpabilidad de la omisión es menor al del hacer positivo. También a que, de manera excepcional, el contenido del injusto del delito impropio de omisión puede ser también inferior que el del correspondiente delito de comisión.

Sin perjuicio de que estas razones sean válidas, queda la impresión de que el legislador se muestra temeroso —y con razón a nuestro juicio— de que por vía de la equiparación de acción y omisión, se cometan injusticias. Ha preferido dejar un conducto de escape, en aras al mantenimiento de la pauta general restrictiva que debe orientar el derecho penal; máxime teniendo en cuenta que la creación de los injustos de estas características queda en gran medida en manos del juzgador con el riesgo que ello representa.

© Editorial Astrea, 2002. Todos los derechos reservados.