

CUM LAUDE  
Revista del Doctorado en Derecho  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE  
N°5 – Agosto 2019  
Corrientes – Argentina  
ISSN: 2422-6408  
info@revistacumlaude.com

FECHA DE RECEPCIÓN: 27/03/2017  
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29/04/2019

## **ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LAS OMISIONES IMPROPIAS**

### **ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO**

**ESTEFANÍA DANIELA ACOSTA**

**RODRIGO FABIÁN BENÍTEZ**

**JUAN PABLO GEROMETTA**

**DANIEL ALEJANDRO GONZÁLEZ**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE**

#### **RESUMEN**

La dogmática penal discute las diferencias existentes entre el actuar y el omitir, las cuales aún no están allanadas. Las teorías establecen criterios conceptuales para las omisiones como la distensión muscular, distinguiéndolas de las acciones, que consisten en la inervación muscular o movimiento corporal que provoca un cambio en el exterior, hasta llegar a teorías del moderno funcionalismo penal, que hacen hincapié en la

**ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LAS OMISIONES IMPROPIAS  
ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO**

evitabilidad de un resultado dañoso. Referido a la estructura típica, hay coincidencia en los requisitos en general, no así en el contenido de cada uno de ellos, específicamente las dificultades que presentan la posición de garante y la imputación objetiva.

**PALABRAS CLAVES**

Imputación objetiva - posición de garante - derecho penal

**ABSTRACT**

Criminal dogmatics refers to the differences between fact and omission, that are not yet leveled. Theories are conceptual criteria for omissions such as the muscular distension that distinguishes the actions that are the muscular innervation or corporal movement that causes a change in the exterior, up to the last functions of the penal functionalism, which emphasize the prevention of damage. Referred to the typical structure, there is a coincidence in the requirements in general, there is not in the content of each of them, specifically the difficulties presented by the guarantee position and the objective imputation.

**KEYWORDS**

Objective imputation - position of guarantor - criminal law

**1. INTRODUCCIÓN**

Las conductas omisivas constituyen un hacer diferente a lo establecido en la norma, por lo tanto, no se referencia un concepto pasivo en la omisión, sino a una actividad distinta a la imperativamente ordenada, diferenciada del concepto de acción.

Para la teoría tradicional causalista la acción es un movimiento muscular - inervación- y la omisión resulta de la ausencia de contracción del músculo -distensión-. Es decir que, junto a la acción, tenemos la omisión, siendo las dos caras de la misma moneda; sin embargo, tal consideración es insuficiente.

A nivel normativo, el derecho tiene diferentes modos de prohibir, ya sea ordenando abstenerse de realizar determinada conducta o mandando que se lleve a cabo cierto comportamiento. Ello se traduce en que el derecho establece conductas prohibitivas y ordenativas. Haremos hincapié en las últimas.

En el presente trabajo determinaremos someramente los conceptos de omisión, la clasificación de las omisiones y, fundamentalmente, el análisis de dos de los requisitos de la estructura de los tipos penales de omisión impropia que presentan una problemática especial: el nexo de evitación y su relación con la imputación objetiva establecida para los tipos activos, por una parte, y la posición de garante, por la otra.

## **2. OMISIONES. SU CONCEPTO Y EVOLUCIÓN EN LAS DISTINTAS DOCTRINAS**

La doctrina clásica del derecho penal considera que acción y omisión son dos caras de una misma moneda, revistiendo el concepto de omisión de carácter de pre-típico. Se sostiene en este sentido que la *omisión* es una *distensión* muscular y que la *acción* es una *inervación* muscular, es decir un movimiento que modifica el exterior provocando un cambio externo al sujeto.

Los neoclásicos y finalistas, establecieron a través del precepto en latín *ex nihilo nihil fit* que significa “de la nada, nada surge”, que los tipos omisivos no podían surgir de la nada, y así Welzel (1956), con su concepto de acción final, da sentido normativo a la omisión sosteniendo que los *delitos omisivos* pueden cometerse de dos formas, una

**ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LAS OMISIONES IMPROPIAS  
ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO**

propia y otra impropia. La primera está constituida por *tipos de imposición* en los cuales el delito mismo contiene una exigencia de hacer y la segunda refiere a *tipos de comisión* a través de medios omisivos, sosteniendo que la vida humana consiste en gran parte en la conservación de los cauces normales, por lo que si la madre no alimenta al niño, lo mata en la misma forma que la que lo ahoga. El concepto de omisión en el finalismo es un concepto típico, pues la conducta es un hacer voluntario, humano y dotado de finalidad; que puede ser típicamente activo u omisivo.

Se considera a la omisión como la realización de una conducta diferente a la descrita en la norma penal. Es decir que en la estructura de la teoría del delito, la omisión se analiza en la tipicidad. Es, además, un concepto *positivo*, pues requiere que el sujeto “haya realizado” una conducta distinta y *normativo*, porque esa conducta debe ser diferente a la establecida en una norma.

## **2.1. CLASIFICACIÓN DE LAS OMISIONES**

Los delitos de omisión se clasifican tradicionalmente en dos grupos: los de omisión propia o de pura omisión y los de omisión impropia o de comisión por omisión. Silva Sánchez (1992) manifiesta que existe una triple clasificación: omisiones propias, omisiones impropias y omisiones puras de garantía.

### **2.1.1. CRITERIO CLASIFICATORIO. AUTOR-LEGALIDAD**

Cuando el carácter clasificador es el *autor* del hecho delictivo, son *omisiones propias* aquellas que pueden ser cometidas por cualquier ciudadano, cuyo fundamento es el deber de solidaridad que les cabe a los miembros de una comunidad y *omisiones impropias* aquellas en las que el autor es considerado un “garante”, es decir, tiene una

especial relación con el bien jurídico que se lesiona, de modo tal que con dicha omisión se considera como si el sujeto hubiese cometido el hecho (por ejemplo, son equiparados el matar con el *dejar morir*).

Según el criterio de clasificación *legal*, se consideran *omisiones propias* aquellas que están tipificadas en la ley penal y *omisiones impropias* las que no están establecidas legalmente y son equiparadas al actuar, esto es, los delitos de comisión por omisión. En este sentido Stratenwerth (2005) afirma que:

la ley sólo describe de modo incompleto los presupuestos bajo los cuales existe el deber de actuar penalmente relevante, y sólo en un número relativamente pequeño de tipos a ella se refiere, expresamente o conforme a sentido, a una omisión; mientras que menciona de modo abstracto cuando un delito puede ser realizado por omisión, un delito de comisión. (p. 456)

Bacigalupo (1996) indica que los delitos propios de omisión contienen un mandato de acción sin tomar en cuenta, para los efectos típicos, si se evitó o no la lesión al bien jurídico protegido; mientras que los delitos impropios de omisión requieren que el resultado sea evitado. Por lo tanto, en este último supuesto, la realización del tipo penal depende de la evitación del resultado, siendo la contrapartida de los delitos de comisión; en otras palabras, el no evitar el resultado equivale a la producción activa del mismo.

Una clasificación tripartita de los tipos de omisión incorpora la categoría de omisiones puras de garantías. Se trata de delitos expresamente regulados por la ley, pero presentan idéntica estructura material que los no regulados (delitos de comisión por omisión) puesto que el círculo de autores se restringe a los garantes y, conjuntamente, dicha omisión se manifiesta regulada en el tipo de forma asociada a un resultado lesivo.

**ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LAS OMISIONES IMPROPIAS  
ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO**

Agrega, además, un requisito: “el compromiso” específico del garante de salvaguardar el bien jurídico protegido.

## **2.2. ESTRUCTURA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA**

En el esquema de la teoría estratificada del delito, es necesario distinguir un aspecto objetivo (o externo) y uno subjetivo (interno) en los delitos de omisión.

Los delitos de omisión propia e impropia comparten tres requisitos comunes en el aspecto objetivo: debe existir una **situación típica obligante**, el sujeto autor debe tener la **capacidad exigida para llevar adelante la acción ordenada**, y la **decisión de no realizarla**.

Para las omisiones impropias, la doctrina exige además que estén presente el **deber de garantía** y un **nexo de evitación/imputación objetiva** que conecte la acción diferente a la ordenada con el **resultado**.

En ambos casos, en el aspecto subjetivo, los requisitos deben ser abarcados por el *dolo del autor* que, por una cuestión de extensión, no desarrollaremos en el presente artículo.

### **2.2.1. SITUACIÓN TÍPICA OBLIGANTE**

El que el primer elemento que se tiene que comprobar es la situación fáctica de la que surge el deber de realizar una acción determinada en salvaguarda del bien jurídico protegido.

Determinar cuál es la situación real generadora del deber es la base de la configuración de los delitos omisivos. Esa determinación puede surgir, para los delitos de omisión propia, de la misma ley (en el caso de la legislación argentina, es el art. 108

del Código Penal que regula el delito de omisión de auxilio); o bien, para los de omisión impropia, puede tener que establecerse por el juez, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas y los bienes jurídicos protegidos penalmente.

La situación puede provenir de la naturaleza o de la conducta humana y, en este supuesto, incluso de la propia víctima (por ejemplo, el niño que se arroja al agua sin saber nadar).

### **2.2.2. CAPACIDAD DE REALIZACIÓN DE LA ACCIÓN ORDENADA**

Para que se pueda responsabilizar a un sujeto por omisión impropia, éste tiene que tener la aptitud para realizar la acción que decide no llevar a cabo. En otras palabras, debe tener una capacidad material y física de acción. Esta última no necesariamente debe ser la de poder llevar a cabo la acción de salvamento por mano propia, sino que basta con la posibilidad de prestar auxilio, de ahí que “...*en el caso de que alguien se esté ahogando y el sujeto que debe auxiliar no sabe nadar, debe por lo menos gritar en pedido de auxilio de un tercero...*” (Molina, 2011, p. 48).

La doctrina discute si la capacidad que se exige es una capacidad general o individual. Jacobs (2014) indica que no es clara la exigencia del esfuerzo que se exige al obligado, esto es, si la prestación debe ser máxima, empleando todos los medios disponibles o si puede verse satisfecha la acción con menos. Según el autor, la capacidad exigida es estándar y nadie está obligado a ir más allá, pero agrega que, si las personas se han buscado un riesgo especial o están obligadas institucionalmente, pueden estar obligados más allá de los deberes estándar.

En otras palabras, a aquellas personas que no están obligadas -entiéndase “no son garantes”- la capacidad que se les exige es una capacidad general, que se construye

**ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LAS OMISIONES IMPROPIAS  
ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO**

con los deberes socialmente aceptados o regulados; y en los supuestos de las personas obligadas, los garantes, la capacidad que se exige es la máxima, en palabras de Jacobs, *hasta quedarse exhaustos* para lograr el salvamento del bien jurídico.

Zaffaroni, Alagia y Slokar, (2002) agregan que:

en estos tipos penales la posibilidad física de realización de la acción ordenada no es más que un presupuesto mínimo de la objetividad típica conglobante que, además, requiere que con la conducta ordenada “*se haya tenido la posibilidad cierta de interferir la causalidad, evitando el resultado. Esta posibilidad debe constituir una probabilidad en límite con la seguridad*”. (p. 583)

**2.2.3. DECISIÓN DE NO LLEVAR A CABO LA ACCIÓN ORDENADA**

Éste es un requisito que se traduce como la “no realización de la acción debida”. El sujeto tiene que haber tomado la decisión de no realizar lo ordenado, aun encontrándose en la situación típica que lo obliga y teniendo la capacidad de llevar adelante la acción que se espera de él.

Se requiere que el sujeto tenga el *dominio del curso causal* para poder tomar esa decisión y -claramente- si no la posee, pese a verificarse el nexo de evitación, no hay imputación para el sujeto, pues no pudo ser el autor. Se trata del señorío que tuvo el autor sobre el acontecer fáctico, la posibilidad rayana a la certeza de saber que, si no actuaba, el resultado se producía.

**2.2.4. DEBER DE GARANTÍA**

La *posición de garante* es la relación especial entre el sujeto y el bien jurídico afectado; es una característica determinante de los *delitos omisivos impropios*. Debido a

que la posición de garante tiene estrecha relación con la noción de bien jurídico, es necesario definir este último. La relación entre el sujeto con el bien jurídico viene determinada por aspectos encuadrados en la normativa legal vigente y/o por otras circunstancias determinantes, como la relación de disponibilidad material.

Schünemann (1991) afirma que el derecho penal utiliza las otras ramas de la ciencia jurídica “modificando o sustituyendo los acentos valorativos”:

la relación especial entre el sujeto con el bien jurídico, destacando siempre la autonomía del Derecho penal; explicando al igual que la formación de conceptos de las ciencias culturales y es que genera la base para su proceso de configuración, aquí la otra rama jurídica -p. ej., el Derecho Civil- crea las estructuras básicas a las que vincula el Derecho penal, si bien en una modificación condicionada por sus objetivos. (p.266)

Así podemos sostener que el Derecho penal, simplemente, selecciona conductas y las eleva al carácter de tipo penal, indicando que son merecedoras de pena.

La posición de garante toma los medios sociales y normativos para poder vincular el sujeto con el bien jurídico protegido, para fundamentar la estrecha conexión entre ambos.

Entonces, para Schünemann (1991), tal posición es “...*un deber especial de garante emergente de la ley, del contrato y de la conducta anterior o precedente del sujeto...*”, que genera el deber de actuar. Es base limitadora de la construcción analógica, sosteniendo que el deber de actuar derivado de la ley misma se erige en deber de garantía.

Nos encontramos ante el grupo que mayores contrariedades ha causado y se trata de las *relaciones* en la *sociedad* o en la *vida*. En el primer supuesto, ello es así porque no basta con lo formal-normativo sino que también se exige lo real, como ocurre, por

**ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LAS OMISIONES IMPROPIAS  
ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO**

ejemplo, con la *no evitación* de un suicidio que puede constituir un homicidio cuando exista una relación especial de deberes de cuidado por parte del autor. En cuanto a las relaciones en la vida, siguen presentes ciertas dificultades, por ejemplo, como lo indica el autor antes citado, cuando se niega, en las relaciones de amantes o de concubinos, el parentesco por afinidad.

Zaffaroni et. al. (2002), sostienen que este instituto nunca pudo ofrecer la certeza que prometía y, debido a esta inseguridad, no deja de ser un criterio difuso para la construcción analógica de tipos penales. Se ha exigido la correspondencia de la omisión impropia con la acción, esto es, la exigencia de que el injusto omisivo presente similar gravedad que el activo. Es por ello que sostienen que la teoría pierde gran parte de su significado, toda vez que no está dedicada a la necesaria tarea de poner coto a la analogía constructiva de tipos.

Para Bacigalupo (1996) la posición de garante es “...*materialmente una especial cercanía entre el omitente y el bien jurídico afectado...*”. Posteriormente, el autor complementa de manera más profunda el concepto y dice que “...*es un elemento de autoría que caracteriza que el omitente tiene un deber especial, cuya infracción determina la consideración de su omisión dentro del marco penal de los delitos de comisión...*” (p. 177). Agrega el autor a la construcción de su concepto de omisión, la relación estrecha entre el omitente y el bien jurídico, así como también sus características.

Al garante le incumbe el cuidado de una *f fuente de peligro* que afecta bienes indeterminados, es decir, se trata de “...*la vigilancia de los peligros creados por las propias acciones u omisiones...*” (Bacigalupo, 1996). Todos los ciudadanos somos libres de configurar nuestras propias actividades y tareas personales con el equilibrio de

responder por los daños que ello cause a los demás (Bacigalupo, 1996). Por ello, en palabras del autor citado, el deber de actuar solo alcanza a la evitación de resultados adecuados a la fuente de peligro, ya que estos son los únicos que pueden fundamentar la responsabilidad de aquello generado por el comportamiento previo al momento de la acción original.

Existen determinados deberes, a tener en cuenta por el sujeto:

a) *Deber de Seguridad*: se extiende a las cosas y a las personas que se encuentran a cargo del omitente.

b) *Deber de auxilio*: cuando los peligros generados ya han alcanzado o están a punto de alcanzar los bienes o las personas de otros. Solo en esos casos, donde hay un riesgo especialmente elevado, superior a los cotidianamente permitidos y respecto de los cuales el afectado por el peligro haya tomado las medidas de seguridad necesarias que le incumben en relación a su autoprotección.

c) *Deber de la libre aceptación de una función de protección o seguridad*: es claro que si el omitente asume la obligación de organizar su actividad para proteger un bien jurídico, determina que el titular del mismo confíe en su protección y lo deje en sus manos. La posición de garante se funda en la libre aceptación de que la función protectoria pueda ser delegada.

Además, nos encontramos con otra categoría que se denomina *cuidado de un bien jurídico determinado frente a los peligros que puedan amenazarlo*: en ella se desarrollan los deberes de cuidado y protección de uno o varios bienes determinados.

Es importante destacar lo que plantea Bacigalupo (1996), citando a Jacobs, al determinar que

**ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LAS OMISIONES IMPROPIAS  
ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO**

la fuerte limitación de los deberes provenientes de tales instituciones, solo pueden ser equivalentes a la comisión cuando la institución es del mismo peso elemental para la existencia de la sociedad que tiene en esta libertad de organización y la responsabilidad que es su consecuencia. (p.558).

Solo se fundamentan las relaciones: a)-Padres e hijos, b)-Matrimonio, c)- Especial relación de confianza y d)- las relaciones denominadas “genuinos deberes estatales”. En las dos primeras relaciones, la posición familiar está establecida por la ley (Bacigalupo, 1996). La tercera, por su parte, se fundamenta en que el titular de bienes jurídicos deposita su confianza en otros para que sean introducidos en el ámbito especial de organización que tiene el dominio del mismo, con la convicción de que es una situación de necesidad para los mismos, donde contarán con la defensa y la ayuda del titular de dicho ámbito. Se deriva de los principios generales del ordenamiento y no aparece en un texto legal normativo específico. En cuanto al último supuesto, el de los deberes estatales, involucra a los miembros de las fuerzas de seguridad con respecto a los bienes jurídicos de aquellos a los cuales tienen una afectación de cuidado y protección, establecida por la sociedad (Bacigalupo, 1996).

La posición de garante es un elemento fundamental a la hora de determinar la estrecha vinculación entre el bien jurídico con el sujeto omitente. Para Zaffaroni (2002), la posición de garante es utilizada como límite para evitar la equiparación de los delitos omisivos impropios a los delitos por comisión, ya que existen para él ciertas circunstancias no previstas por el Derecho, como es el caso de los amantes o del concubinato, pudiendo llegar a considerarse matrimonio en virtud de la teoría de la equiparación, con lo cual se aumentaría la pena de manera exorbitante y se caería en situaciones arbitrarias, contrarias a las normas máximas del país.

Para Bacigalupo (1996) ocurre todo lo contrario, porque para él en primer lugar los delitos omisivos impropios son constitucionales, por el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Estima que ya no se puede reducir al texto la expresión “derecho” sino que se completa con una aplicación de la misma por los tribunales que configure la norma legal y que pueda ser conocida por los ciudadanos, es decir, “...no evitar el resultado...es punible de la misma manera que su realización activa, aunque debería serlo atenuadamente...” (1996, p. 175).

Es allí donde, de la determinación de la producción activa y la omisión, se infiere una estrecha vinculación: la posición de garante.

El citado autor, ha tratado de incorporar todas aquellas circunstancias normativas y sociales al marco de relación del sujeto con el bien jurídico afectado para evitar cualquier evitación de la acción penal estatal por parte del omitente, pero siempre determinando que la omisión implica un no hacer y requiriendo atenuación de la pena por parte del juez.

La principal crítica que se puede efectuar a la teoría formal de los deberes de garantía es su estrechez, es decir que deja de lado supuestos no previstos. Por ejemplo, contempla el deber de garantía entre padres e hijos pero no entre un sobrino y una tía que lo ha cuidado desde niño y existe convivencia entre ellos o en el caso de los matrimonios de hecho, en los que no existe una ley que los obligue, un contrato entre partes o una situación peligrosa previa generadora de la obligación de actuar.

#### **2.2.4.1. LAS FUENTES MATERIALES DEL DEBER DE GARANTÍA**

Según Bacigalupo (1996), el nuevo punto de apoyo teórico para la equivalencia entre la causación de un resultado y la omisión de la acción que lo hubiera evitado, es la

**ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LAS OMISIONES IMPROPIAS  
ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO**

estrecha relación del omitente con el bien jurídico, teniéndose en cuenta entonces para la posición de garantía los deberes éticos-sociales, pero no los meramente morales.

Armin Kaufmann (2006) crea la teoría funcional o material de las fuentes del deber de garantía, y sostiene que

la infracción de un mandato para la defensa de lesiones o peligros de un bien jurídico es constitutiva de delito de omisión impropio, pero no toda lesión de tal mandato realiza el tipo de estos delitos, sino sólo la infracción de un garante. (p.252).

En la doctrina actual, el deber de garantía se fundamenta por la función protectora del bien jurídico contra todo ataque, cualquiera sea el origen del daño, o defensiva respecto del daño que puede causar un bien jurídico a su cargo. Encierra el deber de vigilancia de una determinada fuente de peligro en relación a cualquier bien jurídico o interés que pueda ser lesionado por su causa.

**2.2.4.1.1 POSICIÓN DE GARANTE DERIVADA DE LOS PELIGROS QUE GENERA LA PROPIA ORGANIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL OMITENTE**

Según Bacigalupo (1996), en esta categoría quedan comprendidos los deberes de vigilancia de los peligros creados por las propias acciones u omisiones (“acción u omisión precedente” indica el art. 11 del Código Penal Español). Son los supuestos de injerencia que se rigen por el principio *neminem laedere*: todas las personas son libres de actuar, pero no deben dañar a terceros y, si lo hacen, deben responder por ello.

Es un deber de seguridad que pesa sobre las personas y las cosas que se encuentren a cargo del omitente. Por ejemplo, el que maneja una máquina peligrosa tiene a su cuidado una fuente de peligro, por lo que debe evitar que produzca daños a terceros; el director de hospital responde por los delitos cometidos por los enfermeros o

médicos a su cargo o que emanen del propio omitente; el que corta ramas de un árbol sin dar aviso a los vecinos y se produce un daño a la propiedad ajena, debe responder por ello.

#### **2.2.4.1.2 POSICIÓN DE GARANTE DERIVADA DE LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL OMITENTE**

Esta referencia a la posición institucional deriva de la clasificación que realiza Jacobs (citado por Bacigalupo -1996-) quien considera que, de las responsabilidades por roles, el sujeto tiene responsabilidades por organización, es decir por su conducción en la vida en sociedad, y otras por institución, que “...surge cuando los deberes provienen de las instituciones no pueden ser equivalentes a la comisión cuando la institución es del mismo peso elemental para la existencia de la sociedad...” (p.558). Por lo que sólo pueden responder por deberes de garantía en los casos de las relaciones de padres e hijos, el matrimonio, las especiales relaciones de confianza y los genuinos deberes estatales.

En general los deberes que surgen de una posición familiar son los establecidos legalmente. Así, en el Código Civil y Comercial argentino se dispone lo siguiente:

Art. 431. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.

Art. 638. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Es también integrante de esta categoría de clasificación de fuentes del deber de garantía, la *especial relación de confianza*, que fundamenta la posición de garante

**ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LAS OMISIONES IMPROPIAS  
ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO**

cuando la seguridad del titular de los bienes o intereses es depositada en otra persona la cual, al aceptar esa disposición, se obliga a proteger el bien jurídico respecto de una fuente de peligro.

Jacobs sostiene que en este grupo de casos se encuentran los titulares de lugares abiertos al público los cuales, aunque son garantes en general, están obligados a comunicar los peligros que conozcan derivados de la actividad. Se menciona el ejemplo del dueño de un supermercado que, al saber de la existencia de una bomba, debe comunicarlo a los clientes que se encuentren en sus dependencias.

Además quedan comprendidas las relaciones de confianza por pertenecer a una *comunidad de peligro* y las denominadas *comunidades de vida*; y en este grupo de supuestos se menciona a la existencia de situaciones que tienen la apariencia de relaciones familiares formales pero no quedan comprendidas en la regulación legal, como el caso de dos primas que convivan, o el supuesto que menciona Bacigalupo (1996), de las relaciones del sobrino huérfano que vive con su tío, asimilable a la de los hijos con sus padres. Todas circunstancias que no surgen de la ley de manera expresa.

En este sentido, no se comparte la opinión de Bacigalupo cuando sostiene que la actividad médica puede provocar posiciones de garantía y que la misma proviene de la relación de confianza que le tiene el paciente al médico, puesto que se entiende que la posición de garantía del mencionado profesional se da a través de las obligaciones legales del mismo.

Dentro de la responsabilidad por institución, Jacobs (1995) agrega a los deberes estatales, por una parte, los de las personas físicas que trabajan para la administración pública (por la confianza depositada en dichas instituciones) y, por otra, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuadrado Ruiz (2000) sostiene que el

contenido de la acción que se espera entonces del garante se determina en función de qué es lo que la persona jurídica puede organizar en general, no de aquello que pueden realizar las personas físicas en el caso en concreto. Para la autora, la actividad estatal no abarca toda su actividad asistencial, sino sólo el ámbito de cuidado para la protección y la seguridad colectiva, es decir contra peligros y catástrofes.

No obstante considerar factible la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de omisión impropia, no se hará referencia al tema por razones extensión del trabajo.

### **2.2.5 NEXO DE EVITACIÓN/ IMPUTACIÓN OBJETIVA**

Se considera que la supuesta causalidad en las omisiones impropias conecta la acción que se ha realizado con el resultado dañoso al bien jurídico. ¿De qué modo? Imaginando una acción ficticia que, de haberla realizado el sujeto obligado, no se hubiera verificado un resultado dañoso, razón por la cual debe responder sólo por el resultado que pueda impedir con seguridad, pues tantas dificultades causa el concepto de omisión impropia respecto de su inconstitucionalidad en razón de su contradicción con el principio de legalidad, que es necesario reducir sus ámbitos de aplicación. Entonces, sólo será responsable el que tuviera la posibilidad de éxito asegurada y no lo hubiera realizado.

En este sentido, Stratenwerth (2005) sostiene que:

lo que fundamenta la imputación objetiva de resultado es la no evitación del mismo, por lo que también correspondería hablar de una causalidad en la omisión, no se trata de una causalidad real, sino de una causalidad posible o potencial, la acción se configura de tal modo que efectivamente *habría* reducido el riesgo de la producción del resultado lesivo, siendo suficiente con el hecho de

**ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LAS OMISIONES IMPROPIAS  
ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO**

que la acción mandada al menos habría disminuido el peligro de su producción.

(p.476).

Dicho autor, criticando los conceptos de posibilidad o seguridad en el éxito de salvamento, menciona un ejemplo: “...*los padres de un niño gravemente enfermo que dejan de recurrir a un médico, responderían por la muerte de su hijo, según la opinión dominante, sólo si el tratamiento médico lo hubiera salvado con mayor probabilidad...*”. En este sentido se considera que la acción ordenada es llevar al niño al médico, y es ésta la que se deja de realizar, independientemente de que el tratamiento médico pueda salvarlo; la obligación es concurrir al galeno.

El estudio de la teoría de la imputación objetiva es uno de los pilares fundamentales de la tipicidad en las teorías modernas. Es imperioso señalar que no basta solo con su concepto y que la dificultad de su estudio radica en la multiplicidad de compartimientos que ofrece al jurista para determinar la objetividad de la conducta y en consecuencia contribuir a establecer si aquella es típica.

Jacobs (2014) enseña que el tipo objetivo es la parte externa del delito. No podemos tomar aisladamente al tipo objetivo para constituir al injusto, sino ubicarlo como el preludeo al aspecto subjetivo en su configuración anticipada y en su configuración anticipable.

Bacigalupo (1996), sostiene que el esquema clásico siempre se compuso de tres elementos: acción, imputación objetiva y el resultado (lesión al objeto de la acción). Como argamasa de esta tríada de elementos teníamos a la relación de causalidad, pero en la actualidad la doctrina tiende a determinar que lo decisivo no es una simple relación de causalidad, más bien, esta causalidad debe ser relevante desde el punto de vista normativo.

Zaffaroni et. al. (2002) introducen el *principio de lesividad* para explicar este tema, considerando que es una barrera infranqueable al poder punitivo del estado. No solo debe haber lesión al bien jurídico, sino que también debe ser jurídicamente imputable al agente conforme a criterios que varían en diferentes ramas del derecho, sustentado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Explican que, aunque la ley penal no existiese, los bienes jurídicos aún permanecerían. Desmitifican, en consecuencia, por considerar falsas, la *protección y tutela* que brindaría el poder punitivo a los bienes jurídicos y que son la base de su conceptualización dentro del derecho penal. Proponen un concepto partiendo de una posición liberal originaria: la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto.

#### **2.2.5.1 TEORÍAS DE LA CAUSALIDAD**

¿Cómo se determina si existe relación entre una lesión al bien jurídico y su resultado, para determinar que uno es producto de la otra? El núcleo central de la respuesta radica en la necesidad de diferenciar entre las causas generadoras del resultado y las meras condiciones.

##### **2.2.5.1.1. TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES**

Según este postulado, todas las condiciones que configuran un resultado tienen derecho a la misma calidad de causas. En otras palabras, todas las condiciones son causas equivalentes.

Jacobs (2014) sostiene que esa relación por sí sola es penalmente irrelevante e inapropiada para la imputación, puesto que no vincula a un determinado sujeto con un suceso sino a todos los sujetos con todos los sucesos. Continúa señalando el autor que

**ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LAS OMISIONES IMPROPIAS  
ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO**

aquí no rige el principio *causa aequat effectum* (la causa equivale al efecto); es decir, que no es necesario que la fuerza que surte el efecto en un espacio-tiempo determinado sea proporcionada por el sujeto.

Una acción es determinante de un resultado si, suprimida idealmente su realización, el resultado no se habría producido. Esta fórmula *conditio sine qua non* nos hace pensar el hecho como si la acción no hubiera ocurrido en el caso de las acciones típicas comisivas y como si hubiese ocurrido en caso de las acciones típicas omisivas. Bacigalupo y Jacobs explican que la misma ni siquiera constituye una definición y menos aún una fórmula para determinar la causalidad; sólo pueden hacerse las supresiones mentales si conocemos la causalidad. Jacobs, además, asegura que esta fórmula tiene un error metodológico al funcionar como una hipótesis (citado por Bacigalupo, 1996).

**2.2.5.1.2. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA**

Explica que no todas las condiciones son causas sino solamente aquellas que de acuerdo con la experiencia general producen habitualmente un resultado.

Para Bacigalupo, la capacidad limitativa de esta teoría es dudosa:

no puede superar la crítica que señala que según la experiencia general también los comportamientos inadecuados producen resultados no habituales, por ejemplo, si uno da una bofetada no esperaría la muerte de una persona, pero si esta persona es hemofílica y le produce la muerte, no podría cargarse las consecuencias porque según la experiencia general no produce la muerte dar una bofetada a otro. (1996, p.96)

### **2.2.5.1.3. TEORÍA DE LA RELEVANCIA TÍPICA DE LA CAUSALIDAD**

Exige que se compruebe la relevancia típica del nexo causal con una adecuada interpretación del tipo penal. Verificada la causalidad según la teoría de equivalencia de condiciones nos quedaría determinar si es relevante típicamente.

### **2.2.5.1.4. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA**

Jacobs (2014) define a la imputación objetiva como “...*la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable...*”. Se trata de la finalidad propia del derecho penal de garantizar la seguridad de las expectativas (no se puede imputar el comportamiento adecuado ya que es la expectativa que nace de la función de cada integrante de la sociedad), y además los criterios de la imputación objetiva sirven a la forma de regulación predominante en derecho penal, esto es, la de los delitos de resultado.

El autor, para explicar su teoría funcionalista de imputación objetiva, recurre a la sociedad y su estadio de desarrollo. Las características que tengan las diferentes sociedades son las que habrán de delimitar las expectativas que ellas tengan para sus ciudadanos. Entonces, una sociedad que cataloga como valorable la curiosidad científica no vera como imputable la actitud de un peón que pretenda conocer acerca del funcionamiento de la máquina y del adquirente de la máquina, pero si verá muy reprochable que el fabricante cree nuevos riesgos, como así una sociedad donde impere la necesidad de desarrollo técnico no reprochará los accidentes que puedan suscitar con la manipulación de una máquina, por ende, exonerará al fabricante. Una sociedad que considere importante la capacidad emprendedora exonerará a todos los participantes, convirtiendo esta situación en una desgracia.

**ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LAS OMISIONES IMPROPIAS  
ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO**

Hay un haz de expectativas para cada integrante de la sociedad, se espera algo de cada uno, debido a la función que cumple.

En la imputación los sucesos que acontezcan en el mundo son vinculados a destinatarios (aquellos a quienes pertenece el suceso, quienes han posibilitado que éste se exteriorice en la materialidad). Estos sucesos no solo se limitan a la dualidad suceso-destinatario, ya que existe una multiplicidad de personas que pueden intervenir de menor o mayor manera en la constitución de la situación reprochable. La finitud de integrantes entonces es algo que debe de resolverse para que la imputación sea objetiva. No podemos quedarnos con una simple causación, ni con la supresión de un supuesto hipotético sin el cual no sucedan determinadas acciones. Si todos los contactos sociales fueran considerados la sociedad entraría en una parálisis debido a que cualquier situación que acontezca de un modo u otro fomentaría la realización de un mal.

El Derecho no puede evitar todos los daños, solo algunos. La sociedad, para su desarrollo, precisa soportar ciertos males o posibilidades de que situaciones desagradables y riesgosas sucedan para poder continuar su curso normal. Lo que sí se puede evitar son ciertas acciones, en determinadas posiciones dentro de las sociedades y en contextos concretos; solo de esta manera son posibles los contactos sociales anónimos, porque se espera de quien se tiene en frente una determinada función.

Esto delimita claramente el objetivo de la imputación: el comportamiento.

**2.2.5.1.4.1. IMPUTACIÓN OBJETIVA BAJO EL FINALISMO CONFLICTIVISTA**

Zaffaroni (2002) trae una propuesta completamente distinta, indicando que la imputación objetiva es la suma de dos elementos (complejos internamente) para dar

resultado a la objetividad en la imputación. Estos elementos son el pragma y la conflictividad.

El pragma es lo particular y lo concreto. El término “tipo” deriva del alemán *tatbestand* y su asimilación al español resulta semánticamente dificultosa. Tipo se refiere tanto al supuesto fáctico como al supuesto legal. Por consiguiente, es preciso aclarar que tipo es la fórmula abstracta y pragma, como se dijo, lo particular y lo concreto.

Para imputar objetivamente una conducta, entonces, se debe determinar si existe ese espacio problemático: en primera instancia, determinar si se verifican elementos objetivos del pragma y luego establecer si la situación es conflictiva. Zaffaroni et. al. llaman a esto función sistémica o tipicidad sistémica (determinar que el espacio problemático exista, descartando aquellas conductas que resulten inocuas) y luego función conglobante o tipicidad conglobante (determinar la conflictividad).

La tipicidad sistémica puede establecerse con el tipo legal aislado, es decir con fórmulas que aparecen en el texto de la ley “el que matare a otro”. Para determinar la parte objetiva del pragma debe ubicarse a la conducta, el resultado, la causalidad y las circunstancias especiales del tipo, si las hubiera. Una vez determinada la tipicidad sistemática, se debe proceder con la determinación de la conflictividad, pero ya no utilizando el tipo legal de manera aislada sino de manera conglobada como parte de un conjunto orgánico normativo vigente. Es imperioso señalar que debe mediar lesividad (lesión a un bien jurídico ajeno) y que esto sea obra propia del agente.

Elementos del tipo sistemático:

a) *Acción y resultado*. No se puede hablar de tipicidad sin que exista la mutación física en el mundo, por consiguiente, es necesario que la conducta se

**ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LAS OMISIONES IMPROPIAS  
ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO**

exteriorice dando lugar al resultado. Ahora bien, cuando no se exija un resultado determinado, la acción puede ser cualquier causa que genere una mutación física del mundo y motive una lesión al bien jurídico.

b) *Causalidad*. Como primera conceptualización puede decirse que se trata de un proceso ciego que no tiene inicio ni fin, que se proyecta desde y hacia el infinito. Esta definición introduce en la temática de la causa y el efecto. Zaffaroni et. al. (2002) explican que:

Ninguna verdad es absoluta, pero si es absoluto lo falso y esto salpica a la causalidad ya que se afirma mediante conocimientos empíricos, solo hace falta una excepción para que la regla se caiga. Señala esto para desterrar el valor de verdad absoluta que pueda atribuírsele a la causalidad para darle el valor que él considera, el valor de probabilidad. (p.460)

c) *Tipicidad Conglobante*. Exige la lesividad al bien jurídico y su imputación como obra propia del agente. Así se comprueba fehacientemente la conflictividad del pragma con la existencia de los elementos que constituyen el tipo conglobante.

Zaffaroni et al. (2002) traen a colación dos artículos constitucionales para la determinación de la tipicidad conglobante: en primer lugar, el principio de tripartición del poder en el sistema republicano (art 1º) y luego el de lesividad (art 19º).

Con la lesividad se determina que la acción ha sido verdaderamente dañosa y/o peligrosa, pero también se determina que lo que se daña es un bien jurídico y que por ende está prohibido por la norma penal. El segundo eje es la imputación como perteneciente al sujeto, requisito constitucional. Zaffaroni et. al. (2002) enseñan que si el autor tuvo dominio del hecho o si fue partícipe y tuvo un rol contundente, se puede verificar la imputación objetiva.

La lesividad se verá excluida si mediare: (a) Falta de afectación al bien jurídico o que no sea relevante. Debe recordarse que el derecho penal en su carácter fragmentario solo tipifica determinadas conductas, ya que no puede cargar sobre sí todas las circunstancias disvaliosas que sean generadas por la sociedad, sino solamente aquellas de particular relevancia debido al daño que generan en los bienes jurídicos. (b) Exteriorización de la conducta que encuadre objetivamente en lo que tenía el deber jurídico de hacer en esas circunstancias. (c) Esa misma exteriorización encuadre objetivamente en el modelo de acciones que el derecho fomenta. (d) Medie consentimiento o asunción de riesgo por parte del sujeto pasivo. (e) El resultado no exceda el marco de realización de un riesgo prohibido.

El cumplimiento de un deber jurídico genera una colisión de deberes. Esto se da cuando una norma prohíbe hacer lo que otra prohíbe omitir. Zaffaroni et. al. (2002), presentan a modo de ejemplo el caso del médico que debe denunciar una enfermedad, pero que se ve impedido debido al secreto profesional. Frente a esta situación cabe pensar que el médico se encuentra en una disyuntiva, pero esta contradicción debe resolverse mediante una adecuada interpretación de las normas para establecer cuál ha de prevalecer.

Tampoco existirá lesividad cuando una conducta responda a aquello que el derecho fomenta, como en el caso de las actividades deportivas donde el riesgo de dañar un bien jurídico se hace más que presente. Ello no quita el hecho de que se establezcan límites, los cuales se establecerán en las correspondientes reglamentaciones deportivas, pero todo aquello que dañe al bien jurídico y se encuentre fuera de lo que ampara la reglamentación, podrá dar lugar a la configuración de una conducta típica.

**ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LAS OMISIONES IMPROPIAS  
ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO**

El adagio latino *volenti non fit injuria* (no comete injusticia con quien actuó voluntariamente) nos lleva a otra de las causales donde no media la lesividad: la aquiescencia (el acuerdo y el consentimiento) del titular del bien jurídico.

Para concluir la tipicidad conglobante, Zaffaroni et. al. (2002) introducen a la dominabilidad. Este término encuentra su origen en el “dominus” latino, el autor del tipo es quien tiene dominio del hecho, y es quien dispone todo a favor de realizar la acción lesiva.

Los autores ofrecen un plan racional para determinar quién tiene el *dominus* de la situación ya que la tipicidad objetiva exige la posibilidad también objetiva de que exista un sujeto capaz de dominar el hecho, de acuerdo a las siguientes pautas:

- Los tipos causales que no pueden ser eliminados por nadie no eliminan el dolo, ya que ni siquiera es necesario preguntarse por ello dado que en el curso causal no aparece un hecho capaz de ser dirigido en medida humana: si el director de un periódico envía a un corresponsal a una zona de guerra con la intención de que muera no podrá imputársele dolosamente ya que ni siquiera se puede hacerlo objetivamente.

- El curso causal es dominable cuando el agente reúne las condiciones de conocimiento o entrenamiento especiales necesarias para poder asumir el dominio del hecho.

- No hay dominabilidad cuando los medios son notoriamente inadecuados para la obtención de los fines: el vudú es una práctica común en culturas africanas, pero no es posible atribuir la muerte de una persona a su práctica.

- Cuando no hay dominabilidad, no es posible imputar objetivamente en el delito doloso, pero dado que este criterio está reducido en el tipo, nada excluye la posibilidad de tipicidad culposa de la acción.

Por lo tanto, se concluye que, haciendo una comparación entre los tipos activos y los omisivos, claramente se puede hablar de imputación objetiva en los tipos omisivos impropios, pues parte de la doctrina mencionada los considera equiparados a los tipos activos.

### **2.2.6. RESULTADO**

El resultado sólo importa a los fines de la imputación en los delitos de omisión impropia, pues en los de omisión pura o simple, el acaecimiento de un resultado dañoso es independiente: al sujeto se le imputa la omisión del deber de actuación, fundado en el sentimiento de solidaridad social.

Así pues, en los delitos de omisión impropia, la imputación se dirige a demostrar que con la omisión el sujeto ha infringido un deber de evitar un resultado (Bacigalupo, 1996), y ese resultado es el que figura en los tipos penales de la parte especial del Código Penal.

Este tema está relacionado directamente con el nexo de evitación como se ha mencionado y con los demás requisitos, pues podrá ser reconducido al omitente sólo si éste conocía la situación típica obligante, si tenía la capacidad de actuar y si de haber actuado, habría evitado el resultado.

### **3. CONCLUSIONES**

La discusión en doctrina sobre las omisiones impropias no ha encontrado una solución generalizadora. Sin embargo, se considera que es posible un concepto diferenciado de acción y omisión: la omisión es un hacer diferente a lo establecido en la norma, lo que origina un concepto normativo y, por lo tanto, típico de omisión.

**ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LAS OMISIONES IMPROPIAS  
ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO**

Por definición, se sostiene que la posición de garante es la relación especial entre el sujeto con el bien jurídico afectado. Es una característica determinante de los delitos omisivos impropios y, con el avance de la sociedad, no se puede determinar que las teorías clásicas sirvan para establecer que sólo por las vías de la ley, el contrato y la situación precedente las personas puedan convertirse en garantes.

Asimismo, las modernas teorías de la imputación objetiva que se han desarrollado en el presente son valederas para fundamentar el nexo de evitación entre la acción esperada y el resultado acaecido.

Estas soluciones serían menos discutidas si en el país se optara por una regulación legal de las omisiones. Para ello, el legislador debería dotar de un catálogo de supuestos en los que se contemplen esta clase de delitos, regulando asimismo las fuentes del deber de garantía.

#### **4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Temis.
- Cuadrado Ruíz, M. Á. (2000). La Posición de Garante. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 48.
- Jacobs, G. (2014). *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Molina, G. J. (2011). *Constitucionalidad de los delitos de omisión impropia en el sistema penal argentino*. Rosario.
- Schünemann, B. (1991). *El sistema moderno del Derecho Penal*. Madrid: Tecnos.
- Silva Sanchez, J. M. (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. JB.
- Stratenwerth, G. (2005). “*Derecho Penal Parte General I- El hecho punible*”, 4ta. Edición. Buenos Aires: Hammurabi.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General*. (C. F. Balestra, Trad.) Buenos Aires: De Palma.

Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

## **5. CURRICULUM VITAE**

### **ESTEFANÍA DANIELA ACOSTA**

Especialista en Derecho Penal (U.N.N.E.). Doctorando en Derecho (U.N.N.E.).  
Profesora Jefe de Trabajos Prácticos -por concurso- de Derecho Penal I (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas – U.N.N.E.).

Correo electrónico: tefy3009@hotmail.com

### **RODRIGO FABIÁN BENÍTEZ**

Estudiante de abogacía (U.N.N.E.). Ingreso 2013.

Correo electrónico: rodrigofabianbenitez@hotmail.com

### **JUAN PABLO GEROMETTA**

Estudiante de abogacía (U.N.N.E.). Ingreso 2012.

Correo electrónico: juanpablogerometta@gmail.com

### **DANIEL ALEJANDRO GONZÁLEZ**

Estudiante de abogacía (U.N.N.E.). Ingreso 2013. Máximo grado académico obtenido: Técnico en Comercio Internacional.

Correo electrónico: daaanteh.ab@gmail.com