

IMPUTACIÓN POR COMETER OMITIENDO

MARCO ANTONIO TERRAGNI¹

Sumario:

1. Regulación legal. 2. Las normas en juego. 3. Tipo objetivo. 3. Situación generadora del deber. 4. Ausencia de la actividad necesaria. 5. Capacidad de obrar. 6. Resultado. 7. Imputación objetiva del resultado. 8. Problemática de la culpa.

1. Regulación legal

“Dogmática es la reconstrucción del Derecho positivo vigente sobre bases científicas”, decía en sus clases mi profesor Don Luis Jiménez de Asúa.

A falta de una previsión expresa en el Código Penal argentino haré dogmática utilizando como guía general las nociones contenidas en el *StgB* alemán, dejando para otra ocasión la referencia acerca de cómo está previsto el instituto en otros países, así como en los proyectos argentinos para reformar el Código Penal.

“§13. 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”.²

¹ Profesor de derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe).

² §13 “*Begehen durch unterlassen. (1) Wer es unterlässt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtilch dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.*

(2) Die Strafe kann nach § 49 Abs. 1 gemildert werden”.

Una primera aclaración corresponde hacer, y está relacionada con la traducción del precepto a la lengua castellana y con la captación de las ideas que contiene. Ello porque me interesa: responder la pregunta acerca de la aplicabilidad de esos conceptos en el Derecho argentino. Mi concepción filosófica relacionada con el tema no coincide enteramente con la que impregna parte de la doctrina y de la jurisprudencia alemanas actuales y por eso difieren las respectivas formas de entender la materia³:

Begehen (cometer, perpetrar) y *unterlassen* (omitir) son los infinitivos de los verbos; en tanto que *durch* una preposición que tiene varias acepciones, pero, para lo que me interesa, puede traducirse como *por medio de*. Así se desprende que el título del § 13 es: “Cometer por medio de omitir”.

Esta es la traducción literal.

Como consta al principio de este apartado, he optado por emplear los sustantivos que se construyen a partir de esos verbos y por ende usar *comisión por omisión*, que es como se conoce a esta estructura en el espacio geográfico hispanoparlante.

A partir de la interpretación del texto que el legislador alemán utilizó, cabe trazar algunas líneas para elaborar mi explicación del asunto bajo examen:

a. Tiene consecuencias importantes el empleo de los dos verbos y de la preposición aludidos, ya que está señalando que *unterlassen* (omitir) *es el medio* para *begehen* (cometer, perpetrar) el resultado correspondiente al tipo de una ley penal.

b. Lo anterior demuestra por sí que, la persona que puede ser penada aplicando el § 13 *StgB* es quien, utilizando la táctica de omitir, consigue el efecto que busca.

Esto está hablando de dolo como que, además de manifestarse la omisión como el método del que se sirve el autor para que las consecuencias buscadas se produzcan, los propios verbos *cometer* y *perpetrar* denotan finalidad.

De lo dicho se desprende que el resultado del que habla el parágrafo es el correspondiente al de un tipo doloso, siendo descartable la aplicabilidad del precepto a los delitos culposos; además de ser innecesaria, como lo explicaré más adelante.

³ Me abstendré de analizar puntualmente el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia alemanas; sobre ellas, por todos Schöenke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1997, pp. 127 ss.

2. Las normas en juego

Una teoría tradicional afirma que en los delitos de omisión 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.

Por cierto que también hay otra opinión. Tal la de Maurach, según la cual no es enteramente cierto que los delitos de omisión impropia atenten contra una prohibición, siendo que a la norma subyacente a los tipos penales se la aprehende tanto en forma de prohibición como de mandato.⁴

Por mi parte entiendo que la prohibición solamente cubre la abstención de *-v. gr.-* matar, mientras que la responsabilidad jurídicamente impuesta de que el resultado no acontezca deriva de la inobservancia del deber de obrar de manera tal que no aparezca ese efecto.

Si este segundo mandato no existiese, no tendría razón de ser la categoría de la omisión impropia, ya que todos los supuestos que la doctrina y la jurisprudencia consideran comprendidos en la misma serían casos de pura comisión.

Lo anterior sirve como advertencia de que la dificultad central del tema consiste en determinar la existencia y los alcances de la norma imperativa, que no aparece explícita en el tipo penal de que se trate; como sí lo hace la prohibitiva.

Se trata de delitos que, por lo general, no se hallan tipificados como de comisión por omisión; de allí que en algunos lares se incluya la perspectiva de castigarlos con el expediente de agregar una cláusula en la Parte General de los Códigos penales.

Aunque así fuese, de todas maneras el intérprete debe recurrir a un tipo prohibitivo, que tiene por finalidad dar protección al mismo bien jurídico que resulta lesionado, asimismo, por la omisión.

Este mecanismo hace pensar que el delito de omisión impropia tiene una estructura autónoma, tomando características parciales de los delitos de acción y de los delitos de omisión, por lo que se lo podría situar en un lugar exclusivo, como híbrido equidistante de las formas delictivas tradicionales: tipos dolosos, tipos culposos y tipos omisivos (de omisión propia).

⁴ Maurach, Reinhardt, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 7a. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995, t. II, p. 224.

Dejando de lado las objeciones respecto de la constitucionalidad de la imputación por cometer omitiendo, que esto sea así, que se trate de una incriminación con características particulares, no es importante (salvo para fines didácticos); sí sería preocupante que por vía de considerarlo de esa manera, se suponga que es dable prescindir del elemento subjetivo dolo, pues si así fuese la responsabilidad proveniente de esta manera de imputar sería puramente objetiva.

3. Tipo objetivo

Hay aspectos comunes a la omisión propia y otros específicos, como que aquí juegan las características externas del suceso previsto por el tipo penal de referencia (aquél que contiene el resultado al que alude el § 13) más la circunstancia –también observable por terceros y por ello objetiva– de la conducta pasiva propiamente dicha, la cual es similar a la realización del hecho típico mediante un hacer. Sobre este último punto, desde ya cabe adelantar que tuvo lugar el fenómeno que apunta Jescheck. “La necesaria adaptación de los delitos de resultado, que presuponen un hacer positivo, a las particularidades de la no evitación del resultado típico, se hizo por la vía del complemento judicial del tipo”.⁵ Por mi parte agrego: Ello sigue registrándose –porque es inevitable que ocurra– incluso en los países cuyos ordenamientos receptan una cláusula general sobre omisión impropia.

4. Situación generadora del deber

En los delitos de pura omisión en qué consiste el hecho punible, cuál es la situación que generará el deber de actuar, está indicado por la ley.

Como muestra, es suficiente reparar en los modelos de situaciones a las que alude el art. 108 C.P.

En la omisión impropia no ocurre lo mismo: El destinatario de la orden tiene que realizar un ejercicio intelectual más intenso: advertir que un bien jurídico ajeno, v. gr. la vida, se encuentra en peligro y que es él quien tiene la obligación de salvarlo.

El tipo de estos delitos tiene varias partes:

⁵ *Loc. cit.*, p. 553.

a. Una de ellas es la situación de peligro, elemento que debe ser calificado como objetivo, ya que un observador externo puede advertirlo. Es una porción del suceso (*factum*) que —al contrario de lo que ocurre en las figuras de pura omisión— no está descrito en sus detalles por la ley, sino que la única referencia que ésta aporta es al resultado (tal como se desprende del & 13 *StGB*). En la hipótesis de la que me sirvo para ilustrar mi exposición, muerte.

Con respecto a este punto debe observarse que resultaría imposible que la ley suministrase otras referencias, como que los antecedentes fácticos que hubiesen generado el peligro no constituyen —por lo menos no siempre— un hecho previsto por el legislador como delito. También corresponde apuntar que aquellos prolegómenos no debieron haber sido obra del agente ya que, en caso contrario, el delito sería comisivo puro y no de comisión por omisión.⁶

b. El otro tramo objetivo lo constituye la inacción, propiamente dicha. También es un dato objetivo, porque resulta comprobable externamente; es decir, con prescindencia de los conocimientos y fines que persigue el agente.

Es cierto, sin embargo, que este elemento tiene una estructura compleja, porque además de constituir algo comprobable por un observador externo, exhibe naturaleza normativa y, por lo mismo, es preferible tratarlo separadamente; como también el resultado y la imputación objetiva del mismo.

c. El elemento subjetivo (*dolo*). En el agente tienen que concurrir el conocimiento del peligro, de la posibilidad que tiene de conjurarlo y de la obligación que pesa sobre sus espaldas de hacerlo, así como la voluntad de permanecer inactivo no obstante ese conocimiento.

5. Ausencia de la actividad necesaria

La conducta que resulta castigada es la opuesta a la que hubiese obrado en favor de la salvación del bien amenazado.

Quien la adopta permanece impassible ante esa perspectiva; es decir, conoce el riesgo, sabe que puede impedirlo y, empero, no lo intenta siquiera.

Hasta aquí hay coincidencia con la emisión propia. Pero, además —y en esto se diferencian— el sujeto conoce que tiene una obligación especial, que

⁶El origen del peligro puede provenir de un hecho de la naturaleza, de un tercero o de la propia víctima. En este último supuesto se descartará la imputación objetiva al agente si, v. gr., se niega a ser ayudada (suicidio pasivo) o consiente en asumir un riesgo, que se traducirá en resultado por obra propia (autopuesta en peligro).

solamente a él le compete —no a los demás— y es la de velar⁷ por la indemnidad del interés jurídicamente protegido.

Si ignorase cualquiera de esas circunstancias o las entendiese equivocadamente, su comportamiento no sería doloso.

6. Capacidad de obrar

Tal como ocurre con los delitos de omisión propia, en los de comisión por emisión, el individuo no está obligado a salvar el bien ajeno sino a hacer todo lo que esté a su alcance para protegerlo. Obviamente, otra cosa no es dable exigir; menos, lo imposible.

7. Resultado

El parágrafo 13 *StgB* extiende la punibilidad a quien “omite evitar un resultado perteneciente al tipo de una ley penal”, precisando que se trata de la persona que “debe responder jurídicamente para que el resultado no aconteciera” y que se refiere a la hipótesis de que “la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer”.

De todo ello se infiere que alude a aquellos tipos penales respecto de los cuales es posible establecer una separación lógica entre el comportamiento y el efecto de él; los que en doctrina se conocen como *delitos de resultado*.

Esta es la razón por la cual la mayoría de los casos jurisprudenciales, así como los que usa la doctrina para ilustrar las características del sistema, se centran en el homicidio, tanto el doloso como el culposo (o imprudente). Este último aparece en un gran número de las decisiones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español; ello no obstante que —conforme a mi manera de pensar— los tipos de los delitos imprudentes abarcan por sí un aspecto negativo: la inobservancia del deber de cuidado, por lo que no es necesario acudir al mecanismo de imputar en comisión por omisión.

Asimismo, alguna legislación restringe la aplicabilidad del sistema ideado para punir a quien no evita el efecto, a algunos resultados, como es el caso del

⁷ Esto de *velar* constituye una figura literaria adecuada, pues así como una madre pasa toda la noche con la vela encendida vigilando al niño enfermo para advertir cualquier cambio desfavorable de su situación, el garante de quien aquí se habla debe *mantener la vela encendida de su atención* iluminando aquello que está obligado a proteger.

Código penal colombiano, cuando alude a “las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales” (art. 25, último párrafo).

Que se trate de delitos de resultado, no solamente es una exigencia legal teniendo a la vista el texto antes transcrito o el mismo parágrafo 13 *StgB* alemán sino que como el propio sentido de esta criatura exige una actividad dirigida a evitar el efecto al que aluda una ley penal, la separación lógica entre la inacción y el resultado hace que algunos tipos no exhiban vocación para darle estructura a un delito de omisión impropia.

Empero, hay doctrina que entiende por consecuencia todo aquello que puede ser evitado, pues parte de la idea de que la acción es la realización evitable de un resultado, de donde este efecto es la mera ejecución de un movimiento corporal en los delitos de mera actividad y, por tanto, las consideraciones sobre comisión por omisión se aplicarían también a los delitos de mera actividad.⁸

Ya he expuesto mi criterio contrario: limitar la posibilidad a los delitos de resultado y ahora agreggo que si estuviesen comprendidos los delitos de mera actividad la punibilidad no tendría ningún límite. No interesaría la ausencia de una regulación legal genérica, ni la posición de garante y tampoco la equivalencia entre el hacer y el omitir, que no podría siquiera caber en la imaginación, como que todo se reducirían a la simple desobediencia, sin que pueda concebirse una separación lógica entre ella y el efecto.

8. Imputación objetiva del resultado

Las reglas son las mismas que las que rigen el tema en orden a la omisión propia, con el agregado de algunas características específicas de esta manera de punir.

Algunos de quienes analizan el tema de la relación que existe entre la conducta omisiva y el resultado, construyen una teoría: la *acción esperada* para resolver el problema de encontrar ese nexo causal y con él el de la autoría:

⁸ V. Perdomo Torres, Jorge Fernando, *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 2001 p. 22.

- ¿Cuándo una omisión es causal del resultado producido?⁹
- Cuando ella es esperada por el ordenamiento jurídico.
- Y ¿cuándo es esperada?¹⁰

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 alcances tienen. Se produce así una mezcla de cuestiones causales con otras valorativas.

Con las reglas de la omisión impropia, la persona no es castigada por producir el resultado, sino por no impedirlo, estando obligado a hacerlo. Esto elimina el problema de la causalidad en la omisión. El resultado se produce por una causalidad distinta, que no es puesta por el omitente.

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 superador de las dificultades que exhiben las teorías tradicionales de la causalidad¹¹, con las adaptaciones de la idea a omisión. El riesgo en que ya se encuentra el bien jurídico con independencia del comportamiento del sujeto, se mantiene siendo que podría haber sido conjurado o disminuido por éste; o sea que en este primer tramo del análisis de la imputación objetiva en la comisión por omisión, no es el incremento del riesgo más allá del permitido lo que la fundamenta, sino el no conjurarlo o disminuirlo.¹² Además, la inalterabilidad de la situación de

⁹ La prueba de que la acción esperada hubiese evitado el resultado lesivo tiene ser tal que no quede fuera ninguna posibilidad contraria. Por esta vía las condenas por omisión impropia se reducirían considerablemente (Torío Lòpez, Angel, *Límites político-criminales del delito de comisión por omisión*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, septbre.- dicbre; 1984,700).

¹⁰ A estos razonamientos circulares alude Enrique Bacigalupo en *Conducta precedente y posición de garante*, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho en homenaje a Jiménez de Asúa*, Ed. Panneville, Buenos Aires, 1970, p. 105.

¹¹ V. Schünemann, Bernd, *Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania*, trad. Silvina Bacigalupo, en *Omisión e imputación objetiva*, *Jornadas Hispano-alemanas de Derecho Penal en homenaje al Profesor Claus Roxin*, Universidad Complutense-Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, p. 23.

¹² Sobre el desarrollo del llamado "concepto negativo de acción" ilustra Gimbernat Ordeig: Los autores que lo sostienen, para encontrar un concepto unitario de acción y omisión, convierten a toda acción en una omisión, y con ello y siendo la omisión un concepto normativo (desvalorado), también a toda acción en un concepto necesariamente desvalorado, con lo cual,

riesgo debe ser el efecto concreto de no conjurarlo o disminuirlo; por sí misma y no a través de otra causa puesta por un tercero, por la misma víctima o por la fatalidad, pues en este caso no podría formularse la imputación objetiva.¹³

El enunciado del párrafo anterior requiere ser confrontado con su aplicabilidad en una hipótesis de hecho que pueda ser considerada como de comisión por omisión. Recuerdo un antiguo pronunciamiento de la Cámara del Crimen de la Capital Federal que en ese entonces integraba quien fue mi profesor en la Universidad Nacional del Litoral, Jorge Frías Caballero. Se trataba de un triángulo amoroso: Alberto, esposo de Blanca, tenía una amante, Carmen. Esta siempre le decía a Alberto que la existencia de Blanca constituía una molestia para la relación que mantenían entre ellos, pero nunca manifestó tener un plan para eliminar a la esposa. Sin embargo, un día fue hasta la casa del matrimonio, llamó a la puerta y cuando atendió Blanca, sin mediar ninguna palabra, disparó el arma que llevaba preparada y la mató. El tribunal, equivocadamente según mi opinión, condenó a ambos amantes como autores del homicidio. A Carmen, obviamente, por haber matado y a Alberto por no haber evitado la muerte estando en posición de garante de la vida de la esposa.

Como dije, la solución me parece desacertada, tanto que constituye una muestra de cómo se puede utilizar extensiva, arbitraria e inconstitucionalmente (a la luz del precepto del art. 80.1.C. P.) la teoría de la comisión por omisión.

Sin embargo, la hipótesis de hecho me habilita para ilustrar el tema de la imputación objetiva del resultado a un sujeto que no lo ha evitado. Los jueces podrían haber dicho que la vida de Blanca corría peligro por lo que Carmen estaba elucubrando. Que el riesgo —y la muerte— podría haber sido conjurado

y en consecuencia, se niega la calidad del comportamiento a las actividades axiológicamente indiferentes o valiosas (loc. cit., p. 602).

¹³ Sobre el punto escribe Novoa: "Para que haya delito impropio de omisión es necesario que el resultado externo haya podido existir únicamente porque un sujeto cualificado (garante) no cumplió con una obligación concreta de impedir ese resultado, repudiado por una norma prohibitiva; por consiguiente, se trata de una conexión muy especial, que no excluye otras diferentes. Es un error pensar que todo resultado consista en la lesión de un bien jurídico protegido y que derive de no haber sido impedido por un garante; puede haber alguno que llegue a existir porque un sujeto incurrió en una simple abstención y fue el curso de los procesos del mundo exterior el que lo hizo posible. Podría suceder, por consiguiente, que a una conducta omisiva le fuera conectada por la ley la aparición de un resultado externo sin que se tratara de esa especial vinculación a que nos hemos referido. En este caso, si bien habría un resultado externo ligado a una conducta omisiva, no existiría materialmente un delito impropio de omisión. Esta es la solución que corresponde dar, ordinariamente, cuando se citan esos delitos impropios de omisión que se dicen expresamente tipificados por la ley positiva" (Novoa, p. 125).

por Alberto (garante de la vida de su esposa por lo que estaba ocurriendo) disuadiendo a su amante de que la tranquilidad de ambos podría radicar en la desaparición física de Blanca. Finalmente, que la muerte se concretó por aquella omisión de Alberto.¹⁴

Empero, no hay coincidencia doctrinaria de cómo funcionan las reglas de imputación objetiva en la omisión impropia. Así Mir Puig la reduce a la inevitabilidad de la lesión en posición de garante pues, a su juicio, en estos casos la imputación objetiva no requiere la relación de riesgo.¹⁵

4. Tipo subjetivo. Dolo. Como adelanté, este mecanismo mediante el cual se extiende el ámbito de la punibilidad instituida por ciertas previsiones legales, obra para los tipos dolosos y, obviamente, si el tipo es doloso su componente subjetivo es el conocimiento de los elementos objetivos del hecho y la voluntad de realizarlo; es decir, dolo.

Esta aseveración tiene una enorme importancia, pues si no fuese tal como lo afirmo, simultáneamente con la aplicación del procedimiento —que amplía el alcance de los tipos penales— aparece una consecuencia igualmente tan alarmante para los derechos individuales como la ya apuntada. Y es que, si se puede imputar a quien actúa sin dolo, la responsabilidad que se le asigne será objetiva.

Esta última observación: que la vía de incriminar en comisión por omisión conduce a la responsabilidad objetiva, no aparece explícitamente admitido en la doctrina; y menos en la jurisprudencia. Pero implícitamente se deduce que es aceptada; como que a pocos intérpretes les importa que concurra o no alguna subjetividad en la omisión, en general, y en la impropia en particular.

Empero, el sujeto debe conocer el hecho y tener voluntad de que se realice, abarcando, en consecuencia, el saber los medios que tiene a su alcance para lograr el propósito. Además, en la comisión por omisión, tiene que entender que se encuentra en posición de garante. El conocimiento y la voluntad forman el tipo subjetivo dolo, en tanto que el error acerca de los elementos que componen el tipo objetivo constituye la faz negativa del dolo. En tanto

¹⁴Mi desacuerdo con la sentencia radica, además de lo que he dicho en párrafos anteriores, en que Alberto no habría obrado con dolo en cuanto a la omisión de tomar los recaudos de los que he hablado.

¹⁵Mir Puig, Santiago, *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal*, CIT, p. 82.

la comprensión de la antijuridicidad es una de las piezas a considerar para el juicio que sea posible formular el juicio de reproche. Si el sujeto que obró no lo hizo compenetrado de la existencia y los alcances del deber jurídico mismo, un error de esta naturaleza excluye la culpabilidad.¹⁶

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. 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.

Los elementos objetivos del tipo que el individuo debe conocer son: la situación legalmente prevista como generadora del deber de obrar, que tiene la capacidad para hacerlo, el resultado y cuál será la actividad positiva que impediría el acaecimiento del efecto, así como la ausencia de la acción debida.

Es claro, sin embargo, que la conducta real, la adoptada por el sujeto, como que es de inactividad no produce un cambio en el bien jurídico ajeno. En consecuencia, a efectos de la configuración del dolo, es suficiente que él tenga el conocimiento de los elementos del tipo objetivo que antes he señalado y, además, que decida el mantenimiento de la situación de aquel bien. Esto no supone nada diferente a la estructura que el dolo tiene en los delitos dolosos activos y en los de pura omisión.

Resumiendo: 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. 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 puesto bajo su custodia, como garante que es de que no sufra daño.

No obstante mi entendimiento de que debe concurrir dolo para que la conducta de no impedir el resultado se adecue al tipo penal respectivo, es útil consignar posiciones doctrinarias en sentido contrario, referidas a la pasividad en general, aplicable entonces a la comisión por omisión. Así Novoa dice que no es requerible una expresa intención o aceptación de la actitud de abstención¹⁷ Otra doctrina alega que con frecuencia falta en el actuar omisivo el momento

¹⁶ Mir cree que el dolo debe abarcar la situación que determina la presencia de posición de garante, en tanto que la conciencia de que esa situación da lugar a dicha posición de garante integra únicamente el conocimiento del significado antijurídico del hecho y su ausencia no constituiría un error de tipo sino de prohibición (p. 347).

¹⁷ p. 117.

de *decisión activa* característico de la acción positiva dolosa, correspondiendo a la pasividad de la conducta externa la pura pasividad de la voluntad del autor. Mir Puig ilustra la idea con un ejemplo: El sujeto previamente decidido a no socorrer a ninguna víctima de tráfico que pueda encontrar, en el momento en que efectivamente tropiece con un accidentado y omita prestarle auxilio (único momento de la conducta típica) no precisará adoptar ninguna resolución activa de voluntad para ello, sino sólo *no* decidir cambiar de actitud.¹⁸

También se ha exhibido una postura intermedia; como la de Jescheck quien enseña que se debe operar una adaptación del dolo a la estructura de la pasividad, prescindiendo en él del requisito del *querer* y contentándose con el de *conocer*. O la de Armin Kaufmann, quien siguiendo la orientación de Welzel practica un ejercicio de inversión, sustituyendo así la necesidad de verdadero dolo en la omisión por el hecho de que el autor *no* haya querido (esto es: haya dejado de querer) realizar la conducta debida.

4.1. Error. El error sobre cualquiera de los componentes del tipo objetivo, descarta el dolo y, por ende, la imputación (art. 34.1 C.P.). En cuanto a si el autor duda, entiendo que los principios de la comisión por omisión no son aplicables a los hechos culposos; por consiguiente, la indeterminación del ánimo entre actuar y no actuar conduce a la impunidad del hecho doloso en comisión por omisión, salvo que la conducta caiga atrapada por un tipo penal culposo.

Explicado lo anterior con un ejemplo: Alicia tiene al cuidado exclusivo de ella a Bernarda quien, por enfermedad mental y por hallarse físicamente incapacitada para utilizar sus extremidades no puede valerse por sí misma. Alicia sabe que si no le proporciona los medicamentos que necesita, Bernarda morirá. Sin embargo, deja la casa para salir de excursión con unos amigos sin estar segura sobre si el tiempo en que estará afuera será suficiente como para producir ese efecto. Cuando regresa, comprueba que Bernarda ha muerto. Será aplicable directamente el art. 84 C.P. No, obviamente el art. 79 C.P. en comisión por omisión.

En general, si se analizase la perspectiva de aplicar las reglas de la comisión por omisión en algún caso en que el resultado de que habla el párrafo 13 *StgB* corresponda al de un tipo doloso, la consecuencia ineludible del error invencible, nuestro Derecho será la impunidad (art. 34.1.C. P.).

¹⁸Mir Puig, D.P., p. 332.

4.2. Problemática de la culpa. Tal como lo he expuesto varias veces, resulta innecesario acudir a la estructura de la comisión por omisión en los hechos culposos ya que estos se caracterizan, entre otras cosas, porque no el resultado no siempre se produce por omisión sino que, en general, acontece por deficiente utilización de los medios que hubiesen permitido evitarlo. Siendo así, la resolución de los casos de culpa se rige por las reglas comunes.¹⁹

Sin embargo es posible hacer las siguientes consideraciones que avalarían la posibilidad de adopar algunas ideas provenientes de la teoría de la omisión impropia:

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).²⁰

Muchas formas de culpa, fundamentalmente las de negligencia, se manifiestan mediante la ausencia de una actividad corporal de quien se encuentra ante la obligación de no dañar determinados bienes jurídicos.

Esta circunstancia enfrenta con la necesidad de indagar si las reglas de la omisión impropia²¹ tienen aplicación en esos supuestos o si, por el contrario,

¹⁹ Los ejemplos que suministra Welzel, a pesar que los usa para explicar en general los delitos de comisión por omisión demuestran el acierto de que llevo expuesto: Quien está dispuesto al salvamento hace zozobrar el bote por impericia o por un error en el planeamiento del hecho o en la elección de los medios: la persona que no sabe nadar considera que el estanque de agua en el cual se ahoga un niño es muy profundo cuando es de bajo fondo; el guardavidas considera suficiente lanzarle un salvavidas a la persona que se está ahogando en vez de saltar él mismo al agua (ob. cit., p. 291).

²⁰ Sobre la discusión de diversas situaciones en las que se puede constatar la existencia de la infracción de un deber de cuidado y considerarse que si se trata de una comisión activa imprudente, de una comisión por omisión imprudente o de una omisión pura imprudente, v. Silva Sánchez, ob. cit., p. 24. También Roxin, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, pp. 149 ss.

²¹ Sobre el uso de la terminología *comisión por omisión* u *omisión impropia*, v. Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, PPU, 3ª ed., Barcelona, 1990, p. 325.

todo queda circunscrito a los principios que son comunes a toda tipicidad por imprudencia.²²

Si la primera alternativa fuese la correcta podría argumentarse, por ejemplo, que si un médico derivase un paciente a un colega incapaz, que a su vez provocase un resultado lesivo, el primero llegaría a cometer un delito culposo por omisión impropia, a raíz de la posición de garante de prestar el tratamiento adecuado que en su momento había asumido y la equivalencia, entre el defecto en que incurrió el otro médico con el que por sí mismo habría evidenciado.

Es claro que lo que acabo de exponer abarca ideas complejas pues habla de omisión del cuidado de derivar bien y de responsabilidad por la conducta ajena, además de la garantía.

Conforme a una doctrina la posición de garante en los hechos culposos se constituye por el simple hecho de que el sujeto genera un riesgo. Siendo así el deber de cuidado, entendido como obligación de actuar prudentemente en situaciones peligrosas, vedaría ir más allá del riesgo permitido. De acuerdo a esa manera de pensar, si la conducta crea un peligro de lesión para un bien jurídico; ello sitúa al sujeto en posición de garante frente a ese bien jurídico en peligro. Concluye en que la preexistencia de un peligro previo a la intervención de la norma penal es elemento común a toda realización típica omisiva y a un gran número de supuestos imprudentes²³.

Disiento con esta interpretación:

Para mí el deber de garantizar la indemnidad de un bien jurídico, aquél que coloca al sujeto en posición de garante, no se concreta en condiciones tan indefinidas, sino que debe existir una norma jurídica que lo establezca de manera concreta. El autor debe responder ante una obligación *jurídicamente imputada* de que el resultado no acontezca.²⁴ Si no hay una norma jurídica que lo exprese en esos términos, y el intérprete pusiese sólo el acento en la creación de un riesgo, no habría diferencia entre el deber jurídico y el moral; distinción que tiene que marcarse siempre, como garantía una individual insoslayable.

Algunas especulaciones doctrinarias sugieren la posibilidad de que en la tipicidad culposa, vinculada al régimen de división de trabajo y al principio de

²² Como refiere Corcoy en la omisión el imperativo consiste en un deber de obrar eficazmente (*wirken-sollen*) y en la imprudencia de un deber obrar eficazmente mejor (*besser-Wirken-sollen*). (Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989, p. 68).

²³ *Ídem*, p. 75.

²⁴ Tal como lo establece el 13 StGB alemán.

confianza, haya una omisión impropia distinta a la de los hechos dolosos. Ella no estaría marcada estrictamente por la posición de garante y la equivalencia, sino por el deber de evitar el resultado lesivo que el otro pueda causar, en supuestos determinados por la previsibilidad y por la posibilidad de dominar la situación.²⁵

Sin embargo el mismo enunciado precedente habla claramente de que es innecesario recurrir a la fórmula de la omisión impropia²⁶, ya que un caso semejante al de la derivación médica que he utilizado como ejemplo, se puede resolver con los parámetros tradicionales del deber de cuidado, que puede ser primario o secundario.

Otro intento de comparación se formula argumentando que en los delitos impropios de omisión falta una acción externa y en los de culpa hay carencia de una acción interna; es decir de la omisión del esfuerzo de voluntad que se debe hacer para prever un resultado previsible. Mi objeción: Si en los primeros concurrese dolo, la diferencia principal estaría dada porque en ellos hay conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho y la voluntad para lograr omitiendo la acción ordenada el resultado que el sujeto busca; mientras que en los otros hay dejadez de la observancia del cuidado que el acto requería para que el resultado no aconteciese. En los supuestos dolosos el sujeto no hizo, *ex profeso*, lo que debía y en los culposos, hizo mal lo que debía hacer bien.

De todas maneras admito ser cierto que en la culpa –y lo propio ocurre con los tipos omisivos– a una conducta externa se le imputa el resultado únicamente cuando quien la adopta está especialmente obligado a realizarla.

Esta comprobación pone de relieve la relación que existe entre deber de cuidado y deber de garantizar que el efecto no tenga lugar, conceptos éstos que no siempre son fácilmente separables. De allí que, sin bien puede realizar útil trasladar la idea de comisión por omisión al delito culposo, esto será así para subrayar que, en ciertos supuestos, es necesario identificar cuál es la fuente jurídica de la posición de garante. De todas maneras, aunque ello ocurriese, la inobservancia del deber de garantizar no es suficiente para constituir a quien en tal conducta hubiese incurrido, en autor del delito culposo, si no constituyese la negligencia a la que alude el tipo. El pensamiento contrario deriva en

²⁵ v. Jorge Barreiro, Agustín, *La imprudencia punible*.p. 131. y sus citas de Eberhardt. Schmidt.

²⁶ Hay que advertir, asimismo, que la asimilación total de la culpa penal a la omisión impropia podría conducir a la conclusión –equivocada– de que la responsabilidad por los hechos culposos se podría atribuir únicamente a los garantes.

una especie de responsabilidad objetiva, como la que alguna doctrina adjudica al empresario que incumple las disposiciones legales de Seguridad en el Trabajo.²⁷

En cuanto a la llamada *cláusula de correspondencia* no funcionará en el caso de los hechos culposos, ya que no se trata de que un comportamiento omisivo equivalga a uno activo (para extender de esta manera el alcance del tipo) pues ello no es necesario en la culpa penal, ya que siempre se aplicará el mismo, prístinamente instituido.

Si se buscara otra vía para captar la iniciativa de trasladar el instituto de la comisión por omisión al campo de la culpa, habría que argumentar como lo hace Hava que en el delito culposo el responsable del resultado será quien, mediante su comportamiento activo, ha desestabilizado el foco de peligro preexistente transformándolo de permitido en prohibido, o bien que ha generado con su descuido una nueva fuente de peligro; y —siempre utilizando ese modelo de pensamiento— en la comisión por omisión culposa deberá responder quien, por no adoptar una medida de precaución a lo que venía obligado, igualmente ha desestabilizado un foco de peligro que de haber aplicado dicha medida se habría mantenido dentro de lo tolerable.²⁸

Algunos doctrinarios, empero, no se declaran conformes con la interpretación de que los tipos culposos contienen tanto prohibiciones (no ser imprudentes, imperitos ni infractores de los reglamentos o de los deberes a cargo de cada quien) como mandatos (obrar con diligencia) y creen que la ausencia en el Código Penal de la punibilidad en comisión por omisión se hace violando el principio de legalidad porque —según el criterio que estoy citando— no es lo mismo *causar una muerte que no evitarla*.²⁹

Creo que ésta es una interpretación errònea, pues el resultado muerte puede producirse por negligencia y castigar al autor en una situación así constituye, ni más ni menos, que una aplicación correcta del art. 84 C.P.

De todas maneras, la opinión que indirectamente aboga por la extensión de los criterios de comisión por omisión a los hechos culposos, coincide con

²⁷ V. Choclán Montalvo, José Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 72, cita 155.

²⁸ Hava García, Esther, *La imprudencia inconsciente*, Comares, Granada, 2002, p. 166 (con cita de ideas de Gimbernat Ordeig en “*Causalidad, omisión e imprudencia*”, ADPCP, t. XLVII (1994), p. 40).

²⁹ Ercolini, Julián D., *La no-evitación negligente de un resultado originado en un hecho doloso*, Suplemento Jurisprudencia Penal, *La Ley*, Buenos Aires, 4/5/2001, p. 4/20.

una línea jurisprudencial bastante extendida, como la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia que utilizan la idea de comisión por omisión para los delitos culposos no exponen la línea argumental para saber por qué creen que es así, se me ocurre una explicación: Supongamos el caso en que un médico no crea el riesgo, sino que no lo conjura, como por ejemplo en el caso de un error de diagnóstico, confundiendo una gripe, a raíz de la cual no se receta absolutamente nada, con una meningitis fulminante, que termina con la vida del paciente. Como se observa, el médico no creó ni generó el riesgo, pero ello no impide que el profesional no haya tenido algo que ver con dicho resultado. Por ello parte de la doctrina entiende, que estos casos deben resolverse acudiendo a los tipos activos culposos, pues de otra forma no habría camino alguno, o al menos sería muy difícil encontrarlo, para relacionar normativamente el resultado con la conducta antinormativa. El médico en este caso tenía el deber de evitar dicho resultado.

Si se aceptase este criterio esto significaría que hay delitos activos culposos y delitos omisivos culposos. En esta hipótesis, la remisión que hace el & 13 *SgtB* al resultado correspondiente al tipo de una ley penal sería (en el caso de un comportamiento culposo omisivo) al tipo culposo comisivo.

Al respecto opino: Para el Derecho positivo argentino vigente en el que, con relación al homicidio, hay un tipo que ya contempla una conducta omisiva, no se advierte la necesidad de efectuar este rodeo para castigar al médico del ejemplo precedente, pues él médico hizo un diagnóstico; es decir, realizó actos positivos y el error se puede haber producido por impericia o por negligencia. Lo primero si no reconoció los signos diferenciales de la dolencia y lo segundo si dejó de hacer los estudios que el caso requería.

Sea que la razón esté en una u otra postura doctrinaria, lo que es definitivamente cierto es que en los delitos de imprudencia coinciden parcialmente el deber de garantía y el deber objetivo de cuidado³⁰ por lo que resulta imprescindible encontrar cuál es la fuente del deber de obrar con prudencia. El intérprete

³⁰ Jescheck se refiere al punto, Tratado, p. 575 y también Silva, quien enuncia la complicada cuestión normológica entre deber de cuidado y deber de garante entre sí y de éstos con la norma penal. Dice que el deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas se produce con independencia de la perspectiva comisiva imprudente. El entrecruzamiento de deber de garante y deber de cuidado es característico de la omisión imprudente. La realización de la conducta peligrosa genera una posición de garante que da lugar al deber de actuar de determinada manera. Esta actuación, debida a consecuencia de ostentar una posición de garante es, por su parte, constitutiva del cuidado debido (p. 207).

—en su caso el juez— no debe limitarse a decir que el imputado infringió el deber de cuidado sin aclarar simultáneamente a qué deber en concreto se refiere y dónde consta; esto último si existiese una normativa indicadora de cuál es la conducta alternativa conforme a Derecho que debería haber adoptado.