

Sistemas penales comparados



La comisión por error

Alemania

Luis Emilio Rojas A.,

Legum Magister – Universität Freiburg

I. Fundamentos

El Código penal alemán (StGB) contempla expresamente la comisión por omisión en el § 13. Esta norma establece que quien omita evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal sólo puede ser castigado conforme a esta ley, cuando aquél debe responder jurídicamente para que el resultado no se realice y en la medida que la omisión equivalga a la realización del tipo legal mediante hacer. La pregunta fundamental consiste, entonces, en definir los presupuestos bajo los cuales puede equipararse la no evitación del resultado típico con la provocación del mismo mediante hacer positivo¹. Si se parte de una contraposición entre comisión y omisión, dicho problema es prácticamente insuperable. Sin embargo, tal contraposición existe sólo si los conceptos jurídico-penales se basan en estructuras ónticas. En cambio, si, como lo propone ROXIN, el sistema del Derecho penal se fundamenta en valoraciones político-criminales, entonces éstas rigen de igual manera para el hacer y el omitir². Ya GALLAS, después de criticar la visión clásica de la tipicidad como atributo de la acción, había recurrido al *concepto de realización del tipo*³. Los criterios normativos para determinar la realización del tipo son comunes a la comisión y la omisión⁴. Según FREUND, la exigencia básica del hecho punible es la *infracción de una norma de conducta legitimada jurídicamente*, la que a su vez puede consistir en una prohibición o en un mandato⁵. Esta norma de conducta debe estar legitimada, por una parte, bajo el aspecto de protección de bienes jurídicos —la norma debe servir a dicha protección—, y, por otra, por la responsabilidad especial respecto al daño a evitar⁶. Esta responsabilidad por el resultado puede encontrar su fundamento material, según Jakobs, en la *competencia por organización* o en la

*competencia por institución*⁷. Bajo este prisma, la distinción entre acción y omisión es sólo *secundaria* aunque no inexistente ni totalmente irrelevante. Decisiva es la pregunta, si la conducta realiza el tipo en cuestión. Por ejemplo, en el caso de la desconexión del aparato de respiración artificial del paciente terminal, hay por cierto desde un punto de vista empírico-descriptivo una actividad del médico que acorta la vida. Pero la pregunta determinante es sólo, si dicha conducta cumple el tipo del § 212 párr. 1 StGB (homicidio)⁸. Para responder esta pregunta, deben verificarse los criterios normativos generales de realización del tipo, es decir, si se ha infringido una norma de conducta que sirve a la protección de bienes jurídicos y que supone una determinada responsabilidad por competencia de organización o institucional. El fundamento de la responsabilidad en la omisión impropia se denomina tradicionalmente *posición de garante*.

De esta manera, es posible distinguir con claridad entre omisión propia e impropia. La diferencia radica justamente en que la omisión impropia supone equivalencia con un tipo de comisión⁹. La comisión y la omisión impropia suponen la infracción de una norma de conducta legitimada tanto por la protección de bienes jurídicos como por la responsabilidad de evitación del daño. En cambio, en los delitos de omisión propia, p.e. § 138 (omisión de denuncia) y § 323c StGB (omisión de socorro), la norma de conducta se legitima sólo bajo el aspecto de protección de bienes jurídicos, sin que sea precisa una responsabilidad determinada por la evitación del daño¹⁰. La diferencia radica, entonces, en la *calidad* de la norma de conducta infringida, por lo que ya el *desvalor de conducta* es distinto¹¹. Además, el tipo de omisión impropia exige la realización del resultado típico¹².

II. Tipo objetivo

Los criterios de la realización del tipo objetivo en la omisión impropia son (1) la determinación de la posición de garante, (2) la infracción del deber jurídico —cláusula de equivalencia— y (3) la imputación de resultado. La capacidad individual de acción en la omisión (y de omi-

sión en la acción) es presupuesto de la conducta típica, al igual que la capacidad de motivación, y, por ende, no presenta un problema peculiar de la omisión¹³. Los problemas de exigibilidad pertenecen al ámbito de la culpabilidad, por lo que no corresponde tematizarlos en sede de tipo objetivo¹⁴.

1. La posición de garante

La *teoría formal del deber jurídico* pretende explicar las distintas posiciones de garante a partir de sus fuentes (ley, contrato). Sin embargo, la ley no puede fundamentar por sí misma la posición de garante, p.e. en las relaciones conyugales. Por su parte, el contrato, aun cuando sea nulo, puede igualmente dar origen a una función de protección, p.e. en el caso de la *baby-sitter*¹⁵. De ahí que dicho planteamiento tienda a ser reemplazado por la *teoría de las funciones*, cuyo primer creador fue Armin KAUFMANN¹⁶. Esta teoría explica las posiciones de garante según su contenido material y las divide en dos grupos, por una parte, en aquellas que consisten en una *función de protección* de un bien jurídico frente a posibles afectaciones, y, por otra, en aquellas que obligan a la *vigilancia* de una fuente de peligros para distintos bienes jurídicos¹⁷. En este sentido, JAKOBS reconduce esta distinción entre posiciones de garante de protección y de vigilancia a los fundamentos materiales de responsabilidad por competencia institucional y por competencia de organización, respectivamente, los cuales, por cierto, son comunes a la acción y la omisión¹⁸. Sin embargo, esta clasificación material de las posiciones de garante no implica la sustitución completa de la teoría formal del deber jurídico, sino que más bien la supone, al ser igualmente necesario que la posición de garante tenga su origen en una determinada fuente jurídica. Ello, por lo demás, se ajusta a la letra del § 13 StGB, que señala expresamente que el autor debe estar obligado *jurídicamente* a evitar el resultado¹⁹. Entre las posiciones de garante que consisten en una función de protección, obligando, en la situación concreta, a acciones de *rescate*, se incluye la relación de los padres respecto de los hijos²⁰, la relación conyugal²¹ y la asunción de una función de protección, p.e. en los casos de comunidad estrecha de vida o de peligro²². En el grupo de posiciones de garante que fundamentan sólo deberes de vigilancia y aseguramiento se encuentra la responsabilidad por objetos peligrosos que están en el ámbito propio de dominio, p.e. vehículos motorizados o animales²³. Asimismo, existen deberes de aseguramiento de la comunidad frente a actos antijurídicos de terceros, p.e. que obligan a determinados funcionarios públicos o a los mismos padres frente a peligros provenientes de los hijos²⁴. Por último, se cuenta en este segundo grupo la *injerencia* como posición de garante²⁵. El fundamento de la injerencia como posición de garante radica en que se trata de un caso manifiesto de responsabilidad por una fuente de peligro, en tanto éste se ha realizado²⁶. Si lo que justifica esta responsabilidad es la

prevención de peligros para bienes jurídicos, pues entonces la necesidad de prevención se justifica con mayor razón, cuando el peligro ya se ha realizado. Si se es responsable del peligro inicial, entonces también se debe responder por el desarrollo ulterior del mismo²⁷. En esta medida, el deber de aseguramiento derivado de la competencia por organización, se convierte en un deber de rescate, más bien propio de las funciones de protección basadas en la competencia institucional. El estatuto mixto de la injerencia como posición de garante es difícil de justificar. Por otra parte, resulta problemático hacer consistente la injerencia con el texto del § 13 StGB, que expresamente supone que el autor debe responder *jurídicamente* por el resultado, esto es, ni sólo éticamente ni tampoco fácticamente. De ahí que se justifiquen los lineamientos propuestos por ROXIN para delimitar la injerencia como posición de garante, los que, por lo demás, son básicamente una aplicación de los criterios de la teoría de la imputación objetiva. En este sentido, se exige que la conducta previa no sólo sea causal para el peligro, sino que además haya excedido el riesgo permitido²⁸. La injerencia no fundamenta una posición de garante, cuando el peligro provocado se mantiene en el ámbito de responsabilidad de la víctima, p.e. en la cooperación con una autopuesta en peligro dolosa²⁹. Incluso si la conducta previa ya no se mueve dentro del riesgo permitido, pero no se realiza en el resultado, porque éste igualmente se hubiere producido en caso de que la conducta se hubiere ajustado al cuidado debido, no se fundamenta la injerencia como posición de garante³⁰.

2. Cláusula de equivalencia

La posición de garante es sólo un momento en la fundamentación de un deber jurídico de evitar determinadas posibilidades de daño³¹. La pregunta decisiva es, si se ha infringido ese deber jurídico³², esto es, una norma de conducta doblemente fundada. P.e., en el caso de un enfermo terminal que rechaza libremente el tratamiento, cabe preguntarse, si el médico comete una omisión típica de homicidio al omitir el tratamiento³³. Ello supone la infracción de una norma de conducta legitimada tanto bajo el aspecto de protección de bienes jurídicos como de responsabilidad por la evitación del daño. En el ejemplo, sin embargo, falta el primer presupuesto de la norma de conducta, pues si el paciente rechaza explícitamente el alargamiento de la vida, no existe un interés en la protección de la vida. En consecuencia, tampoco se fundamenta un deber jurídico de evitar un peligro para la vida³⁴. Se suele asignar una función a la cláusula de equivalencia sólo en los *delitos ligados a conducta*, esto es, aquellos que contienen exigencias especiales respecto del modo y forma en que se produce el resultado, p.e. la estafa. En los *delitos puros de resultado*, en cambio, bastaría la posición de garante para equiparar la omisión con la comisión³⁵. Sin embargo, en los llamados delitos puros de resultado

no basta la mera causación del mismo, pues aquí también debe tratarse de una conducta a calificar como producción típica-reprobada de un riesgo, es decir, son precisas exigencias cualitativas en el injusto de conducta. La diferencia consiste más bien en que en los delitos ligados a conducta se exigen cualidades especiales *adicionales* a los criterios generales de la conducta típica³⁶. La cláusula de equivalencia es, entonces, una exigencia a observar en todos los tipos, lo cual, por lo demás, se ajusta al tenor literal del § 13 StGB, que exige esta equiparación y no distingue entre clases de delitos³⁷. Para determinar si el deber jurídico de evitación de resultado en el sentido del § 13 StGB se ha infringido, es necesaria una *ponderación de los intereses* en juego. Así, en los casos de responsabilidades por fuentes de peligros, no basta el aspecto fáctico de evitabilidad, sino que la pregunta decisiva es, si jurídicamente debía evitarse la posibilidad de daño. Al responder esta pregunta, no puede absolutizarse el aspecto de protección de bienes jurídicos, sino que éste debe ponderarse, p.e. con la libertad de acción de quien lleva el perro³⁸. Lo mismo vale para las responsabilidades de protección, p.e. en las relaciones padres-hijos, donde la necesaria libertad y autonomía de los propios hijos limitan las responsabilidades de los padres³⁹. Esto es más evidente en las responsabilidades entre cónyuges y en los casos de asunción de una función de protección, donde los ámbitos de autodeterminación de los protegidos juegan un rol limitador significativo⁴⁰.

3. Imputación de resultado

En la medida que el tipo de omisión impropia exige el resultado típico, entonces deben cumplirse los criterios de *imputación de resultado*. Ello plantea la pregunta de la causalidad en la omisión⁴¹. Según JESCHECK, si se parte de un concepto no mecanicista de causalidad, sería posible hablar de una conexión legal entre la acción omitida y el resultado, cuando la acción prescrita habría evitado el resultado. Se trataría de una *causalidad hipotética*⁴². ROXIN cree posible hablar de causalidad en el sentido de una condición ajustada a la ley de causalidad⁴³. También se habla de una *cuasi-causalidad*, en el sentido de que el resultado se habría evitado con una probabilidad cercana a la certeza de haberse ejecutado la acción indicada. Esta alternativa es plausible en un caso evidente como el de la madre que deja morir de inanición al bebé⁴⁴. Pero se vuelve problemática, p.e. en el caso del padre que, en el incendio del edificio, tiene la alternativa de arrojar a sus dos hijos a personas fuertes dispuestas a atajarlos, pero duda en el instante y termina por salvarse, muriendo ambos hijos⁴⁵.

Lo cierto es que la omisión, en cuanto no-ejecución de una acción, *no es causal* para la realización del resultado⁴⁶. Se trata entonces del *problema normativo* de atribuir determinadas consecuencias a una conducta desaprobada. En el caso del padre en el incendio del edificio, es su-

puesto para el castigo por homicidio consumado que, desde una perspectiva *ex ante*, sea pensable, probable e incluso casi seguro que el arrojar los hijos abre la posibilidad de supervivencia de los mismos. Si resulta que *ex post* se determina que el salvamento habría sido prácticamente seguro, entonces la consecuencia de las muertes puede atribuirse a la conducta típica. Si resulta, en cambio, que *ex post* igualmente los hijos habrían muerto al ser arrojados, porque p.e. abajo sólo había un ebrio dispuesto a atajarlos, entonces la consecuencia no puede atribuirse como resultado de la conducta típica⁴⁷.

III. Tipo subjetivo

En la medida que en la omisión justamente se trata de la ausencia de una acción, no hay nada que pueda ser pretendido finalmente⁴⁸. Esto no es una peculiaridad de la omisión, pues tampoco en la comisión es requisito una voluntad especial de realización⁴⁹. Tanto en la acción como en la omisión basta que el sujeto conozca las circunstancias que fundamentan la realización del tipo y que, no obstante, se decida por su conducta⁵⁰. En el caso de la omisión, se trata de los presupuestos fácticos de la posición de garante. El deber de garante no es objeto del dolo⁵¹.

En cuanto a la culpa, en la medida que ésta se define por la falta de cuidado, puede referirse a la situación típica, a la propia capacidad de actuar o a la realización de la acción de rescate⁵².

Notas:

1. JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 5. ed. 1996, p. 600.
2. ROXIN, Claus, *Strafrecht, AT Tomo II*, 2003, § 31 N. 3.
3. GALLAS, Wilhelm, *Studien zum Unterlassungsdelikte*, 1989, p. 46 y ss.
4. FREUND, Georg, en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2003, § 13, N. 10.
5. FREUND, MK, § 13, N. 17; cfr. el mismo, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 28 y ss.; Frisch, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 112 y ss.
6. FREUND, MK, § 13, N. 18.
7. JAKOBS, Günther, *Strafrecht, AT*, 2. ed. 1993, Apdos. 7 N. 71, 28 N. 14-16.
8. FREUND, MK, § 13, N. 5 y s.
9. ROXIN, AT II, § 31 N. 17-20.
10. FREUND, MK, § 13, N. 20 y s.
11. FREUND, MK, § 13, N. 24, 54.
12. JESCHECK/WEIGEND, AT, p. 606; cfr. VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1992, p. 102 y s.; otra opinión ROXIN, AT II, § 31 N. 21-23; FREUND, MK, § 13, N. 52 y s., quienes no creen que el resultado sea un criterio diferenciador entre omisión propia e impropia.
13. FREUND, MK, § 13, N. 12 y s.

14. Cfr. ROXIN, AT II, § 32 N. 227; otra opinión WOHLERS, NK, § 13, N. 17; cfr. VOGEL, *Norm*, p. 184 y s.
15. ROXIN, AT II, § 32 N. 11 y ss.
16. KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 283 y ss.
17. KAUFMANN, ob. cit., p. 283; JESCHECK/WEIGEND, AT, p. 625 y s.; ROXIN, AT II, § 32 N. 31, siguiendo el poco feliz planteamiento de SCHÜNEMANN, *Bernd, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 235 y ss., se refiere al dominio de control (?) y distingue entre dominio de aseguramiento y dominio de protección (?) (AT II, § 32 N. 19), introduciendo una nueva terminología que no constituye ningún aporte dogmático.
18. JAKOBS, AT, Apdo. 29 N. 28.
19. JAKOBS, AT, Apdo. 29 N. 26 y s.; JESCHECK/WEIGEND, AT, p. 621.
20. ROXIN, AT II, § 32 N. 33 y ss.
21. ROXIN, AT II, § 32 N. 45 y ss.
22. ROXIN, AT II, § 32 N. 53 y ss.
23. ROXIN, AT II, § 32 N. 108 y ss.
24. ROXIN, AT II, § 32 N. 125 y ss.
25. *Jakobs*, AT, Apdo. 29 N. 31.
26. FREUND, MK, § 13, N. 115 y s.
27. ROXIN, AT II, § 32 N. 150.
28. ROXIN, AT II, § 32 N. 160 y ss., 165; WOHLERS, Wolfgang, en *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2.^a ed. 2005, § 13, N. 43.
29. ROXIN, AT II, § 32 N. 175 y ss.
30. ROXIN, AT II, § 32 N. 170; WOHLERS, NK, § 13, N. 44; crítico sobre la exigencia de infracción de deber del hacer precedente FREUND, MK, § 13, N. 118 y ss.
31. FREUND, MK, § 13, N. 99; *el mismo*, *Erfolgssdelikt*, p. 46 y ss.
32. Cfr. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 178 nota 94, 356 nota 450, 357 nota 456, 360 nota 474, 378 nota 556.
33. FREUND, MK, § 13, N. 62 y ss.
34. FREUND, MK, § 13, N. 68 y s.
35. Así WOHLERS, NK, § 13, N. 19; al respecto ROXIN, AT II, § 32 N. 225.
36. FREUND, MK, § 13, N. 191 y s.
37. FREUND, MK, § 13, N. 193.
38. FREUND, MK, § 13, N. 103 y s.
39. ROXIN, AT II, § 32 N. 35; FREUND, MK, § 13, N. 159 y s.; *el mismo*, *Erfolgssdelikt*, p. 276 y ss.; aquí es posible observar que dos planteamientos aparentemente antagónicos coinciden en los resultados; mientras ROXIN es acérrimo crítico de la cláusula de equivalencia y sostiene que se trata siempre de la presencia o ausencia de una posición de garante (AT II, § 32 N. 223 y ss.), FREUND pretende prácticamente anular la posición de garante y reducir la pregunta a la verificación de la equivalencia (MK, § 13, N. 74).
40. ROXIN, AT II, § 32 N. 46 y s., 59; cfr. VOGEL, *Norm*, p. 202 y s.
41. JESCHECK/WEIGEND, AT, p. 617 y s.
42. JESCHECK/WEIGEND, AT, p. 619 y s.
43. ROXIN, AT II, § 31 N. 42 y s.; en este sentido también PUPPE, Ingeborg, NK, Vor § 13, N. 82, 117-119.
44. FREUND, MK, § 13, N. 201.
45. FREUND, MK, § 13, N. 203 y s.

46. JAKOBS, AT, Apdo. 29 N. 15; *el mismo* en este sentido ya en *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, p. 22 y ss.
47. FREUND, MK, § 13, N. 206 y ss.
48. *Jakobs*, AT, Apdo. 29 N. 83.
49. Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 257 y ss., 267 y s., 300.
50. FREUND, MK, § 13, N. 223; cfr. *Frisch*, *Vorsatz*, pp. 71 y ss., 101 y s., 115, 150 nota 114, 190.
51. *Jakobs*, AT, Apdo. 29 N. 89; JESCHECK/WEIGEND, AT, p. 631; FREUND, MK, NK, WOHLERS, NK, § 13, N. 20.
52. JESCHECK/WEIGEND, AT, p. 633.

Argentina

Dr. Luis Fernando Niño ⁽¹⁾

(Profesor de posgrado en las Universidades de Buenos Aires, Lomas de Zamora y Belgrano (Argentina), del Zulia (Venezuela) y del Instituto de Ciencias de la Seguridad dependiente de la Universidad de Salamanca (España))

I. El reconocimiento de que las distintas definiciones ensayadas en torno a esta particular estructura típica dejan al descubierto ámbitos de punición de relativa amplitud, extremo que de por sí alerta sobre la problemática constitucional que subyace en el abordaje del tópico, es una obviedad en la que vale recaer.

En rigor, y esto vale tanto para la forma propia cuanto para la impropia, no es concebible la omisión en un plano pretípico: contrariamente a lo que sucede con la acción final como categoría ontológica independiente, omitir implica la preexistencia de un deber de actuar. Ese rasgo genético de ambas modalidades omisivas torna aconsejable partir de la definición de los tipos propios de omisión, en miras a identificar en un segundo momento el grado de autonomía de las proposiciones trazadas en torno a las formas impropias.

La tipicidad omisiva propia suele ser explicada a partir de la incursión del agente —sujeto activo común o indiferenciado— en un cierto cuadro de situación generador de un determinado deber de actuación. El ejemplo más claro en el derecho argentino está configurado por la figura de omisión de auxilio, acuñada en el art. 108 CP². La norma que prescribe ese hacer o que, como en este caso, agota en una mera opción las posibilidades de obrar conforme a derecho, invierte la fórmula constitucionalmente consagrada conforme a la cual, en una organización democrática y liberal, será la tarea esencial a cargo del legislador penal la de individualizar —estricta y taxativamente— las acciones prohibidas.

De allí la necesidad dogmática y político-criminal de definir con paralela exhaustividad la constelación fáctica ante la cual la libertad de obrar del ciudadano se estrecha

con tal intensidad que sólo le es dado actuar de una o dos maneras para no incurrir en una trasgresión a la norma imperativa que las impone.

Los tipos impropios, en cambio, parten de una estructura que guarda correspondencia con la forma activa; y la conducta de los eventuales autores se considera tradicionalmente equiparada a ésta en la medida en que se verifica en ellos una calidad especial, consistente en hallarse especialmente obligados a garantizar la incolumidad del bien jurídico afectado en cuestión.

II. El Código Penal argentino, a diferencia de lo que acontece en el derecho comparado, no ha incorporado a su Parte General una cláusula general que establezca las fuentes del deber de garante disparadoras de un eventual parangón entre conductas omisivas y activas, tal como sucede con las fórmulas del art. 11 del Código Penal español de 1995 o el parágrafo 14 del alemán.

Sin perjuicio de ello, digamos desde ya que la apelación a tales dispositivos genéricos no contrarresta, en puridad de doctrina, la ausencia de un tipo omisivo impropio escrito.

Claro está que esos dispositivos legales intentaron sistematizar series de supuestos en los que aparece evidente el gobierno de la causalidad por la finalidad del agente, de manera tal que conduciría a reputar equivalentes la acción y la omisión; y que tendieron a evitar, paralelamente, que, apelando a un genérico deber de actuar, se avanzara peligrosamente, por parte de la jurisprudencia, en la punición de conductas en las que ni siquiera mediara una vinculación especial del sujeto con la incolumidad del bien jurídico.

También ha contribuido a considerar admisibles tales fórmulas la combinación de la regla de equivalencia según el sentido del texto de la ley con otra, llamada «de correspondencia», orientada a mitigar la respuesta penal en aquellas situaciones en las que la conducta de quien inviste el rol de garante —básicamente, por la ley, el contrato o la conducta precedente— no alcanzare la entidad disvaliosa de la conducta activa.

De todos modos, es juicioso admitir, en base al principio de legalidad estricta, que matar no es lo mismo que dejar morir, ni ejecutar un acto de rebelión es igual a no resistirse ante quien lo ejecuta; y es preferible que el esfuerzo por relevar típicamente y graduar la pertinente sanción a unas y otras conductas lo haga el legislador y no los autores o los magistrados.

En el caso argentino, la falta de previsión legislativa —inclusive— de ese marco general de aplicación de tipos impropios no escritos debería redoblar el impedimento para un reconocimiento judicial de figuras reflejas de las activas, puesto que, en condiciones faltas de toda regulación sobre la materia, la afectación al principio *nullum crimen sine lege scripta y stricta y certa* deviene punto menos que insoluble.

III. En la Parte Especial del código de fondo, el ejemplo clásico de tipo omisivo impropio está constituido por la figura del abandono de persona previsto en el art. 106

del código de fondo vigente³. A partir de su predicado es posible inferir sin mayor dificultad que una de las fuentes en las que se origina esa peculiar situación de garante es la conducta precedente del sujeto activo, al hacer alusión a la puesta en peligro de la vida o la salud de otro por colocarlo en situación de desamparo o por haberlo incapacitado previamente. Junto a ella, se incluye otra centrada en el deber de mantener o cuidar a la persona incapaz de valerse a la que se abandona a su suerte, deber que proverbialmente se entiende generado por la ley o por un contrato, completando así la trilogía más reconocida por las diversas legislaciones en este rubro.

Al destacar la existencia de tipos omisivos impropios tales como el señalado, la doctrina penal nacional más reciente concentra en él y en otros similares la única alterna-tiva constitucionalmente válida de ejercer el *ius puniendi* a tal título, habida cuenta de que explicitan en su redacción la característica esencial de tales preceptos, cuya estructura luce equiparable o paralela a la que exhiben los tipos activos, basada en la posición particular de garante en la que se encuentran sus autores⁴.

Ello no obsta a que se reconozca la amplia gama de criterios clasificatorios existente en torno a los tipos omisivos, como esa misma doctrina se encarga de señalar, entre los que cuadra citar, además del que discurre a partir de las fuentes del deber de garantía, el que hace radicar la distinción en la existencia o inexistencia de un resultado material⁵.

La doctrina penal clásica, por el contrario, admitía la existencia de tipos omisivos impropios no escritos. Soler, por ejemplo, afirmaba que, en verdad, la madre que no alimenta a su hijo escoge de alguna manera esa omisión como medio para matar: «*Trátase en semejantes casos de verdaderos delitos de comisión, en los cuales la norma violada no es, como en los otros, una norma positiva, sino una negativa... la madre que, para matar al hijo (resultado positivo y comisivo), resuelve abstenerse de amantarlo (omisión) y lo ejecuta, realiza un delito de comisión por omisión*»⁶.

En una posición que sólo aparentemente cuadraría denominar ecléctica, se sitúa el filósofo y jurista Carlos NINO^{7, 8}. Al responder puntualmente al abordaje del tema por parte de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, coincidente en esta cuestión puntual con SOLER, NINO parte de una intuición inicial generalizada, conforme a la cual una omisión es, salvo en casos especiales, «menos mala... que una acción positiva que tiene exactamente las mismas consecuencias nocivas...». Empero, al desplegar su razonamiento, acaba por concluir que es plausible atribuir responsabilidad a quien, mediante omisión de una conducta reprimida sólo en forma activa, ocasiona un resultado.

Según palabras del recordado autor: «... *la punición de conductas pasivas que son condición suficiente, bajo circunstancias normales, de resultados dañosos que el derecho tiende a prevenir, no representa una desviación del principio de legalidad. Esto es así porque, salvo cuando*

se recurre a formulaciones verbales que describen exclusivamente conductas activas (como, por ejemplo, "tener acceso carnal", "ejercer fuerza o violencia"), los preceptos jurídicos que reprimen la causación de ciertos daños son naturalmente aplicables (según el significado ordinario del lenguaje legal pertinente) tanto a actos positivos como a actos negativos, siempre, claro está, que el daño sea atribuible causalmente al acto en cuestión. El deber jurídico de actuar positivamente para evitar causar el perjuicio surge del mismo precepto penal y no de otras normas jurídicas o extrajurídicas. Si, por ejemplo, "matar" significa meramente "causar la muerte de alguien", no cabe ninguna duda que la madre que no alimenta a su hijo, con el resultado de que éste muere por inanición, ha matado al niño, y que no lo ha hecho, en cambio, un extraño que no le proporcionó alimentos (siendo, en cambio, dudosos, otros casos, como el del bombero, en que las expectativas sociales de comportamiento activo tienen grados intermedios de fuerza)⁹.

Con una derivación inquietante: «Una vez que entendemos que la existencia de una expectativa de conducta positiva es una condición para adscribir efectos causales a una conducta pasiva, la exigencia de que la expectativa debe derivar de un deber jurídico distinto al de no causar el daño en cuestión no parece razonable, puesto que las condiciones para atribuir efectos causales a un acto derivan de criterios de sentido común y no están en general definidos legalmente»¹⁰.

Por nuestra parte entendemos que, si la propia causación de un resultado ofrece dificultades en el ámbito de las conductas activas, establecer una equivalencia entre el hacer y el omitir sin anclar siquiera en la existencia de un deber jurídico que homologue la situación creada a la de quien, con su conducta precedente, asume la obligación de conjurar los riesgos que con ella ha provocado, confiando, paralelamente, a criterios de sentido común la atribución de efectos causales a una conducta omisiva aparece admisible en el orden moral pero alarma en terreno jurídico-penal; y no parece situarse a resguardo de cuestionamientos constitucionales.

IV. Además de los reparos expresados, el hecho de que el legislador haya incorporado formas típicas omisivas impropias con penas que, en el caso del bien jurídico vida alcanzan los veinte años de prisión¹¹, es un argumento adicional para fundamentar la inconveniencia de que se continúe reputando tolerable la ampliación del haz punitivo a variedades omisivas no escritas, equiparadas a conductas activas. Semejantes cargas punitivas neutralizan buena parte de las objeciones que pudieran erigirse en términos de «defensa social» o cualquier prédica similar. Luego si el legislador estima necesario avanzar en la punición de comportamientos omisivos de graves consecuencias, deberá esmerarse en la confección de los tipos legales pertinentes.

Por otra parte, ejemplos como el de abandono de persona o el de omisión de denuncia antes mencionados distan de agotar el elenco de tipos impropios reconocidos legis-

lativamente. Por sólo mencionar un ejemplo más de la ductilidad evidenciada en tal quehacer de criminalización primaria, baste citar, en el plano de los denominados delitos contra el orden constitucional y los poderes públicos, figuras tales como las del art. 235, párrafos 2.º y 3.º¹².

En la Opinión Consultiva 8/86 emitida el 9 de mayo de dicho año, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que «la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución... En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder».

Esta idea es consistente con la tradición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que: «Toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca» (in re «Cimadamore», Fallos: 191:245).

Las líneas rectoras están trazadas, pues, desde antaño y aluden centralmente, en este caso, al principio delimitador de la potencia punitiva enunciado por FEUERBACH y conocido como legalidad formal. Ellas deben primar sobre la irredenta tendencia expansiva del Derecho Penal.

Notas:

1. El primer borrador de este informe fue elaborado con la participación de la Abogada Mariana GRASSO (UBA), Defensora Pública Oficial en la Justicia Federal de la República Argentina.

2. «Art. 108: Será reprimido con multa de [setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos] el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.»

3. «Art. 106: El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos a seis años. La pena será de reclusión o prisión de tres a diez años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o

en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de cinco a quince años de reclusión o prisión». *individualizarse al autor o participe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole*».

4. V., por todos, ZAFFARONI, Eugenio R. *et al.*, *Derecho Penal, Parte general*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 548.

5. ZAFFARONI, E. R. *et al.*, *op. cit.*, p. 547. Fundada la clasificación en tal distingo, resultarían tipos propios de omisión el del primer párrafo del citado artículo 106 o el previsto en el artículo 277, inciso 1.º, apartado d): «Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado... No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o participe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole», e impropios los de los párrafos 2.º y 3.º del primero de tales artículos.

6. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1988, p. 383.

7. NINO, Carlos Santiago, «¿Da lo mismo omitir que actuar? (acerca de la valoración moral de los delitos por omisión)», publicado en *Revista Jurídica La Ley*, Argentina, Tomo 1979-C, Sección Doctrina, pp. 801/17.

8. NINO, C. S., *op. cit.*, p. 801.

9. NINO, C. S., *op. cit.*, p. 816.

10. NINO, C. S., *op. et loc. cit.*

11. Conforme al artículo 107 del cuerpo de leyes vigente, el abandono de persona cometido por padres contra sus hijos y viceversa, o por el cónyuge, se sanciona con una escala de seis años y ocho meses a veinte años de prisión.

12. «... Los funcionarios que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance, sufrirán inhabilitación especial de uno a seis años. Auméntase al doble el máximo de la pena establecida para los delitos previstos en este título para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurra en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiando en tal calidad».

Brasil

Alexis Couto de Brito

Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Presbiteriana Mackenzie

Introducción

La comisión por omisión pasó a integrar la legislación brasileña apenas en 1984, con la reforma de la parte general (Ley Federal 7.209/84). Antes de eso, en los tres códigos penales anteriores de 1940, 1890 1830 no había previsión. Lo que debía haber sido el cuarto código brasileño (Decreto Federal 1.004/69) que fue revocado sin entrar en vigor, traía una previsión parecida con la actual. En la

doctrina el primer autor a estudiar la omisión fue Tobías BARRETO¹.

El art. 13 de la parte general del código vigente trata de la relación de causalidad, aceptando la teoría de la *conditio sine qua non* como regla fundamental. En su párrafo 2.º plantea la «relevancia de la omisión». *In verbis*:

Relación de causalidad

Art. 13 — El resultado, de que depende la existencia del crimen, solamente es imputable a quien le dio causa. Se considera causa la acción u omisión sin la cual el resultado no habría ocurrido.

[...]

Relevancia de la omisión

§ 2.º — La omisión es penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber actuar delega a quien:

- tenga por ley deber de cuidado, protección o vigilancia;
- de otra forma, asumió la responsabilidad de impedir el resultado;
- con su comportamiento anterior, creó el riesgo de la ocurrencia del resultado.

1. Omisión como causa del resultado

La redacción del art. 13 es muy criticada por la falta de técnica en su construcción. El texto plantea que tanto acción cuanto omisión son causas de un resultado. Por mucho tiempo los autores brasileños — así como los extranjeros — intentaron desarrollar una teoría que reuniese en una misma estructura teórica acción y omisión como causas naturalísticas de un resultado. Se justificaba que si la omisión no fuese un hecho natural quedaría reducida a un simple querer interno del sujeto. En un período teórico en el cual reinaba la teoría causalista, hacía falta un momento que si desarrollase fuera del puro psiquismo del omitente, mismo porque hasta ese movimiento interior fue contestado por algunos teóricos, negándose en la omisión la existencia de un hacer o mismo de un querer. A partir de allí, algunos plantearon que el fundamento de la omisión podría ser el conjunto de las actividades neuromusculares que el individuo desarrolla para evitar la práctica del acto, en una tentativa artificiosa e inútil de transformar en actividad la inactividad propia de la omisión. En el mismo sentido, otros definieron la omisión como un hacer el agente cosa diversa u opuesta en el momento en el que omite a acción, lo que sería incorporado como su elemento real o natural. Igualmente falsa, esta tesis fue contestada, pues, por ejemplo, no es el hecho de una mujer estar deliberadamente a leer su romance o a

ejercer una actividad doméstica que da el carácter de omisión a la falta de amantamiento, allende que el omitente podrá no hacer nada, manteniéndose enteramente inactivo².

Los causalistas siempre mantuvieron la omisión dentro de la fórmula general de la acción en sentido amplio, género de lo cual es una especie. Como la acción en sentido estricto, la omisión es un comportamiento voluntario, manifestación exterior de la voluntad del omitente que, aunque no se realice con la materialidad de un movimiento corpóreo, no deja de ser una realidad que se percibe con la evidencia de un acontecer objetivamente realizado³. Pero ese comportamiento de un no hacer no revela su contenido, o sea, no ejecutar la acción debida y esperada del agente. Así, al elemento naturalista de voluntario comportamiento negativo del agente debe ser añadido el elemento normativo de la acción que era de esperarse⁴. Se iniciaba la configuración del aspecto normativo de la omisión.

El rechazo de la causalidad en los crímenes comisivos por omisión fue iniciado por Galdino SIQUEIRA (1947). Lo relevante es la violación de un precepto prohibitivo de cierto resultado producido en razón de la inacción de quien estaba jurídicamente obligado a impedirlo. La cuestión no es indagar si la omisión es causal, pero cuando es ilícita, cuando lo no impedir el resultado equivale a causarlo⁵. Desde Heleno FRAGOSO, se entiende que lo que da vida al ilícito es la violación del deber jurídico de impedir el resultado. Junto a la norma prohibitiva implícita en la ley penal relativa a los crímenes comisivos, surge, también implícita, la norma que impone al agente el deber jurídico de activarse, impidiendo el resultado. Cuando se comete un crimen omisivo, el autor no cumple dos normas, la principal y la accesoria, la principal de no matar alguien y la accesoria del deber evitar el resultado muerte⁶. Ésta es la norma que impone el deber activarse, constituyendo el agente en garante de la no ocurrencia del resultado. La transgresión de esa norma implícita es que completa el crimen comisivo por omisión⁷. Actualmente, la teoría normativa es la mayoritaria en Brasil. Si dos gobernantes caminan por la playa, para saber cuál de ellas estará omitiendo el deber cuidar del niño que entra en el agua se debe tener la información sobre cuál de ellas está de vacaciones⁸. Cuando se afirma que un hombre no actuó de determinada manera, implícitamente se reconoce que una norma delinea la forma por la cual él debía palear su conducta. Sin este momento normativo —de lo cual la omisión no prescindirá jamás— el juicio permanece ciego⁹.

Sin embargo, no se trata de juicio normativo sobre la antijuridicidad de la omisión, y sí de adecuación típica mediante un juicio normativo. Tanto esto es exacto que mismo reconocida la tipicidad de la omisión, el hecho típico puede ser declarado lícito. El guía que no presta socorro a alpinistas que lo contrataron por descubrir que pretendían matarlo para robar el dinero que trae consigo, omite un deber jurídico, pero lo hace en legítima defensa¹⁰.

Los presupuestos de la tipicidad de un delito comisivo por omisión son relacionados de la siguiente forma: I) poder actuar; II) evitabilidad del resultado; III) posición de garante.

I) Algunos apuntan que el orden de los verbos del párrafo 2.º es invertida: solamente aquel que *puede debe* actuar¹¹, y no el contrario. Con esta redacción, la posibilidad de actuar conforme el derecho se desplaza de la culpabilidad para a tipicidad, y pasa a ser elemento del tipo comisivo por omisión. Poderlo actuar debe ser parte integrante del tipo, como por ejemplo en la conducta del esposo que provoca un accidente de coche y se lastima la mujer, a quien no puede auxiliar por también estar preso en las herrajes¹². El dispuesto en el párrafo 2.º es elemento del hecho de tipo, dado constitutivo del tipo penal de la comisión por omisión, que debe ser añadido a todos los tipos comisivos cuando se trata de la forma de comisión por omisión y la relevancia de la omisión depende de la suma de dos exigencias, del poder y del deber actuar¹³.

II) La omisión es una no interferencia en el curso causal dejándose que las condiciones presentes actúen libremente, produciendo el resultado negativo. La omisión como causa solo puede ser relevante se constituye una condición necesaria a la realización del evento. De la certeza que la madre que no hay alimentado su hijo ha causado su muerte no se pasa a la certeza que el médico que dejó de atender a un paciente también lo ha matado. Debe haber una probabilidad al límite de la seguridad que la conducta omitida fuese suficiente para evitar el resultado. Si tuviese el médico atendido y aún así la víctima viniese a morir, entonces su omisión no podrá ser considerada como causa¹⁴.

III) El deber impedir el resultado, de actuar, creaba la posición de garante, que puede avenir de una norma jurídica, de sometimiento particular del agente a ese deber, o de comportamiento suyo que le imponga obstar aquél.

Si el texto legal prevé solamente el deber derivado de la ley (art. 13, § 2.º, «a»), no más se admite el mandamiento equivalente como el administrativo o la costumbre. Son ejemplos los deberes protección y asistencia de uno para otro cónyuge, de los padres para con los hijos, previstos en el CC Brasileño y en otras legislaciones.

Asumir la responsabilidad de impedir el resultado (art. 13, § 2.º, «b»)) puede resultar de una relación contractual, función, profesión o situación análoga. No hay necesidad de formalización de un contrato, pero no se puede restringir, en este caso, el hecho de alguien asumir de hecho la responsabilidad en cuanto al otro, mismo porque puede no existir un contrato, o éste ser nulo por las reglas del derecho civil (una vecina se ofrece para tomar cuenta del niño de otra mientras ésta va al trabajo)¹⁵. Algunos autores defienden que el deber se extiende a los casos inesperados, como el hecho de alguien asumir el socorro de un niño enfermo que no podrá deliberadamente abandonarlo nuevamente, o sea, desistir de prestarle el socorro¹⁶. Por fin, en Brasil, no se ha admitido que el deber surja implícitamente de la comunidad de vida o de peligro, como

por ejemplo todos los alpinistas que resuelven, juntos, hacer una escalada, asuman la posición de garante unos por los otros.

Lo más controvertido elemento de determinación de la posición de garantía es la conducta anterior que creaba el riesgo de la ocurrencia del resultado (art. 13, § 2.º, «c»). Quien abra un agujero en la calle tiene deber cerrarlo o señalizarlo. Alguien que provoque un incendio, tiene el deber impedir que se propague. La discusión sobre este dispositivo nace, principalmente, de los delitos calificados por el resultado, adoptados por la legislación brasileña. Es común que conductas anteriores que hayan causado el riesgo de la ocurrencia de otro resultado posean tratamiento propio y solución diferente de la regla en comentario. Un ejemplo común es la previsión del homicidio culposo. Aquél que operando una máquina industrial causar un accidente en el cual alguien se quede lesionado y venga a morir, será reprobado con la sanción del homicidio aumentada en 1/3¹⁷. Esto representa dos problemas dogmáticos: si el resultado muerte derivado de la lesión es negligente, sería uno *bis in idem* político criminal, ya que si fuese aplicada la regla de la parte general, el autor sería reprobado solamente por homicidio culposo en la posición de garante por haber causado el riesgo de la producción del resultado muerte; el problema es aún mayor si, con la conducta anterior de lesión, el autor omitir la prestación de socorro dolosamente, incluso anhelando la muerte de la víctima, qué por la regla general permitiría su reprobación por el crimen de homicidio doloso.

2. Tentativa

La posibilidad de tentativa en los crímenes comisivos por omisión es casi una unanimidad entre los autores brasileños. Fueron presentados tres criterios para la determinación el inicio de la ejecución: a no utilización de la primera posibilidad de salvamento; de la última posibilidad; o la colocación concreta en peligro de lo bien jurídico. Todavía, es común que algunos autores afirmen que para haber un crimen comisivo por omisión no si pueda desairar la ocurrencia de un resultado típico, pues sin esta verificación fáctica, no se puede censurar a alguien una omisión relevante, ya que la realización de la acción debía haber evitado el resultado. Las cortes superiores también viene manteniendo este entendimiento¹⁸. La preocupación con la ocurrencia del resultado es legítima, ya que para hablarse de comisión por omisión se debe tener en pauta no solo la inactividad del autor, sino la inactividad que, en el caso concreto, tendría seguramente evitando la producción del resultado. Si el resultado no se verifica, reprobarse penalmente dos juicios de presunción: la presunción de que tal resultado lesivo acontecería (ya que no aconteció) y la presunción de que la acción omitida evitaría el resultado (que ya no aconteció). Aparentemente, se sobrepasa en mucho la frontera del Derecho penal legítimo fundado en la relación causal.

En pocos textos encontramos la utilización de la teoría de la imputación objetiva para resolver la cuestión. Miguel REALE es simpático a la imputación objetiva para resolver el caso pues la omisión constituye un aumento del riesgo permitido en las circunstancias concretas de la ocurrencia del resultado que se pretende evitar por la diligencia exigida. Con relación a los crímenes culposos y a los omisivos el criterio de correlación entre el resultado ocurrido y el pretendido evitar por la norma, puede ser superado por vía de la imputación objetiva, la indagación acerca de cómo las cosas habrían devenido si la acción omitida por negligencia hubiese sido realizada¹⁹. Con mayor propiedad, João Paulo ORSINI MARTINELLI apunta las ventajas de aplicación de la teoría de la imputación objetiva a toda relación de imputación del art. 13 del Código Penal Brasileño, en sustitución a la teoría de la *conditio sine qua non*, por ser un instrumento más eficiente de interpretación del tipo y agregar a éste el análisis del riesgo no permitido²⁰.

3. Co-autoría y participación

Los autores y los tribunales brasileños no han admitido la co-autoría o la participación en crímenes comisivos por omisión. El argumento es el mismo. Si más de una persona tiene el deber actuar, cada una contestará por un delito comisivo por omisión. No se divide el deber actuar con otra persona.

4. Elemento subjetivo

La comisión por omisión puede ser dolosa (la madre que anhela muerte del hijo y no lo alimenta) o culposa (el vigilante que no salva la persona por estar distraído). No hay una posición unánime sobre el dolo, prevaleciendo el entendimiento de ser apenas el conocimiento (representación) de la posibilidad de acción. El agente tiene conciencia de suyo omitir, de su capacidad de acción para evitar el evento. El desvalor de la omisión dolosa estaría en aprobar el resultado o tomar en cuenta el resultado²¹.

Consideraciones finales

Los autores brasileños aún no llegaron a una conclusión sobre los crímenes comisivos por omisión. Algunos prefieren que su aplicación sea restricta y que cada delito de la parte especial tenga una cláusula permitiendo o no la configuración de esta estructura de delito, principalmente para garantizar mayor seguridad jurídica y respeto al principio de la legalidad. Otros entienden que la previsión del art. 13, § 2.º del Código Penal ofrece un alcance exacto sobre las circunstancias fácticas que legitiman la reprobación por una omisión socialmente reprochable, y que una limitación a la previsión en la parte especial restringiría demasadamente la reprobación por la producción omisiva de ciertos resultados. Ésta viene

siendo la interpretación de los tribunales, bien como no hay ningún movimiento legislativo que pretenda alterar la situación actual. Sin embargo, la aplicación de la teoría de la imputación objetiva viene adquiriendo cada vez más adeptos y aceptación judicial, lo que puede plantear una dogmática más segura sin desairar lo ansio social de reprobación cuanto a ciertos resultados.

Notas:

1. «Delitos por omissão», in *Estudos de Direito*, vol. 1, principio 215-239.
2. BRUNO, Aníbal, *Direito Penal, Forense*, vol. 2, p. 310.
3. BRUNO, Aníbal, *op. cit.*, p. 311.
4. BRUNO, Aníbal, *op. cit.*, vol. 2, p. 312.
5. SIQUEIRA, Galdino, *Tratado de Direito Penal*, José Konfino, p. 288.
6. COSTA, Álvaro Mayrink, *Direito Penal, Forense*, vol. 1, tomo 2, p. 111.
7. Nesse sentido, FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal*, Bushatsky, p. 251.
8. COSTA JÚNIOR, Paulo José, *Comentários ao Código Penal*, Saraiva, p. 52.
9. COSTA JÚNIOR, Paulo José, *op. cit.*, p. 48.
10. MARQUES, José Federico, *Tratado de Direito Penal*, Bookseller, vol. 2, p. 81.
11. SANTOS, Juárez Cirino, *Direito Penal*, Lumen Juris, p. 206.
12. REALE JÚNIOR, Miguel, *Instituições de Direito Penal, Forense*, p. 265.
13. Cf. REALE JÚNIOR, Miguel, *op. cit.*, p. 261.
14. REALE JÚNIOR, Miguel, *op. cit.*, p. 259.
15. BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, Saraiva, p. 239.
16. COSTA, Álvaro Mayrink, *op. cit.*, p. 113.
17. CPB, art. 121, § 4.º: En el homicidio culposo, la pena es aumentada de 1/3 (un tercio), si el crimen resulta de inobservancia de regla técnica de profesión, arte u oficio, o **si el agente deja de prestar inmediato socorro a la víctima [...]**.
18. «En Derecho Penal no se admite la culpa presumida. En lo despuntando, *in casu*, como sería de rigor, he que las censuras concierne a crímenes comisivos por omisión, la providencia omitida por el paciente que podría haber impedido el resultado, se impone el reconocimiento de la falta de justa causa para a acción penal» (Superior Tribunal de Justiça, RHC 794/SP, Rel. Min. Costa Leite, sexta turna, julgado en 04.12.1990, DJ 17.12.1990 p. 15390).
19. REALE JÚNIOR, Miguel, *op. cit.*, p. 260.
20. MARTINELLI, João Paulo Orsini, «A teoria da imputação objetiva e o Código Penal Brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas?», in BRITO, Alexis Augusto Couto de Brito e VANZOLINI, Maria Patricia, *Direito Penal. Aspectos Jurídicos Controvertidos*, Quartier Latin, p. 223 et seq.
21. COSTA, Álvaro Mayrink, *op. cit.*, p. 109; ANÍBAL, Bruno, *op. cit.*, 2, p. 315.

Chile

Por Felipe Caballero Brun

Como en todas las codificaciones decimonónicas —de la cual el Código penal chileno es un claro exponente— la omisión impropia no fue expresamente regulada en nuestro texto punitivo. Si bien desde la definición de delito contenida en el artículo 1.º CP se observa nitidamente que las dos formas que puede revestir el comportamiento punible son la acción y la omisión¹, pareciera que esta definición no abarcaría directamente la omisión impropia y de ahí toda la problemática en cuanto a la inconstitucionalidad que podría presentarse de concebir este tipo de figuras por no poseer un reconocimiento normativo explícito².

Pero como acertadamente señalan GARRIDO MONTT³ y CURY URZÚA⁴ la referencia que a la omisión hace el artículo 1.º CP debe —conforme a una interpretación sistemática— entenderse complementada con el inciso primero del artículo 492 CP⁵. Esta última norma se refiere —en relación a los delitos culposos (*cuasidelitos*)— expresamente a los *delitos de omisión en contra de las personas*, en circunstancias que en el Título VIII respectivo (del Libro II) no se tipifica ningún delito de omisión propia, con lo que la referencia necesariamente habría que entenderla dirigida a la *omisión impropia*.

Por su parte en las normas constitucionales que desarrollan el principio de legalidad penal (inciso final del N.º 3.º, del art. 19 CPR) no hay referencia expresa a la omisión. Con todo es innegable que la voz *conducta* utilizada en dichas normas permite abarcar tanto la acción como la omisión sin mayor problema⁶.

De ahí entonces que la sistemática del Código, complementada con la Constitución, permitiría acoger —tal como lo planteaban hace más de 30 años Bustos, Flisfisch y Politoff— también las omisiones que no están expresamente señaladas en la parte especial (*omisiones impropias*)⁷.

Por lo demás este entendimiento es el que en las últimas décadas ha venido siendo recogido por nuestra jurisprudencia; así la Corte de Apelaciones de Santiago ha sostenido que «*el art. 1.º del CP, al prescribir que el delito es toda acción u omisión voluntaria, reconoce una realidad incuestionable: la que el hombre puede producir resultados a través de comportamientos activos y de omisiones; se obtiene, de este modo, la verdad normativa que donde se presenta la posibilidad que un hecho descrito como ilícito por la ley se realice por un no hacer, debe ser sancionado en igual forma que cuando se logra a través de un hacer*»⁸. A su vez la Corte Suprema ha planteado recientemente que «*prescindiendo de algunas reservas sobre la constitucionalidad de hacerlo —las cuales no deberían ser desoidas en modo alguno por el legislador en relación con una reforma futura de la ley penal— existe un amplio acuerdo en que los delitos comisivos —vale decir, aque-*

llos cuyo tipo los describe como una actividad— usualmente pueden cometerse también mediante una omisión. Ello es tanto más así, cuanto que el artículo 1.º inciso 1.º del Código Penal deja establecido expresamente que los delitos pueden consistir tanto en una acción como en una omisión, el inciso 2.º insiste en ello y el artículo 2.º declara que tanto los delitos dolosos como los imprudentes (cuasidelitos) pueden ser ejecutados en cualquiera de esas formas»⁹.

En lo que se refiere al origen de la posición de garante, resultan pacíficamente aceptadas en la doctrina chilena como fuentes fundamentadoras de la *omisión impropia* tanto la ley como el contrato; existiendo divergencia de pareceres únicamente en torno a la efectiva relevancia que —como fuente— podría llegar a tener la *injerencia* o el *hacer precedente*¹⁰. En el ámbito jurisprudencial los pocos pronunciamientos sobre esta cuestión se han inclinado por aceptar la relevancia fundamentadora que el *hacer precedente* o la *injerencia* pueden llegar a poseer en la estructura típica de la *omisión impropia*¹¹.

Notas:

1. Art. 1. «Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley».

«Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario».

«El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúen».

2. Sobre dicho problema *vid.* los trabajos de CARNEVALI RODRÍGUEZ, «El Delito de Omisión: En Particular la Comisión por Omisión», en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. 2002, n.º 9, pp. 69-80 y SALIM-HANNA SEPÚLVEDA, «La Constitucionalidad de los Delitos de Omisión Impropia», en *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, 2000, Año IV, n.º 4, pp. 73-81.

3. *Vid.* su *Derecho Penal, Parte General*, T. II, 2.ª ed., Editorial Jurídica de Chile, p. 181.

4. *Vid.* su *Derecho Penal, Parte General*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, p. 294.

5. Art. 492. «Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia ejecutare un hecho o incurrir en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas».

6. En este sentido BUSTOS RAMÍREZ/CABALLERO BRUN; «Comentarios a los artículos 1.º a 4.º del Código Penal Chileno», en Politoff Lifschitz y Ortiz Quiroga (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

7. Cfr. a los mencionados autores en *Revista de Ciencias Penales*, t. XXV/3:171.

8. Cfr. *Gaceta Jurídica* n.º 102, p. 69.

9. *Vid.* *Gaceta Jurídica* n.º 218, p. 113.

10. Sobre esta discusión *vid.* IZQUIERDO SÁNCHEZ, «Comisión por Omisión: Algunas Consideraciones sobre la Injerencia como Fuente de la Posición de Garante», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n.º 2, 2006, pp. 329-343.

11. Así la Sentencia de la Corte Suprema de 04/08/1998, en *Gaceta Jurídica* n.º 218, pp. 96 y ss.

Colombia

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

Universidad Externado de Colombia

En Colombia, como regla general, se comparte la doctrina ecuménica sobre el tema. Por ello, de su Código Penal se desprenden varios aspectos interesantes, entre ellos los siguientes.

Uno. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión (art. 25.1).

Dos. En los tipos de omisión, el deber no incumplido tiene que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley (art. 10.2).

Tres. Es sancionable la conducta de quien teniendo el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica no lo lleve a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, siempre que tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme con la Constitución o la ley (art. 25.2).

Cuatro. Constituyen también posición de garantía la asunción voluntaria de la protección real de una persona o de una fuente de riesgo dentro del propio ámbito de dominio; la estrecha comunidad de vida entre varias personas; el acometimiento de la realización de una actividad riesgosa por varias personas; y la creación precedente de una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente (art. 25.3).

Cinco. Estas últimas posiciones de garantía operan respecto de las conductas que se dirigen contra los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexuales (art. 25, parágrafo).

Seis. Partiendo del comportamiento humano y de las definiciones típicas, entre nosotros se habla de varias especies de conducta, especialmente las siguientes:

— *Conducta activa, positiva o de acción.* Cuando el hombre se dinamiza, hace algo, es decir, cuando efectivamente obra, realiza, pone en movimiento, despliega una actividad, y produce un resultado.

Equivale a trasgresión de una norma que *prohíbe algo* es decir, se presenta cuando la ley quiere evitar o vetar un comportamiento y el hombre la viola, desconoce el mandato restrictivo, el que dice «no hacer».

Así sucede, por ejemplo, con la definición del delito de pánico económico, que ocurre si el autor del hecho «di-

vulga» al público o «reproduce» en un medio o en un sistema de comunicación pública información falsa o inexacta (art. 302 CP).

— *Conducta negativa, pasiva o de omisión.* Significa *no hacer*, abstenerse de actuar, prescindir de realizar algo. Surge cuando no se hace, *existiendo legalmente el deber de hacer*. O, más concretamente, cuando se infringe una disposición que *obliga* a desarrollar un comportamiento, o cuando se *desobedece* un mandato que *ordena* un comportamiento activo. Mientras para la ley es necesario *hacer*, el hombre la deja de lado y *no hace lo que tiene que hacer*.

Ejemplo ilustrativo es el artículo 416 del C. P., que define el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia como la conducta predicable del servidor público que sabiendo de la comisión de un comportamiento punible investigable de oficio, «no de cuenta» de su existencia a la autoridad.

La conducta *omisiva* se manifiesta y es recogida por nuestra ley de dos maneras: la omisión *pura o propia*; y la omisión *impura o impropia*, también denominada *comisión por omisión*.

La *omisión propia o pura* se presenta cuando la persona acomoda su conducta a un tipo penal que sanciona el hecho de *no hacer* algo. El punto de referencia es, entonces, la norma. La ley estima y define como punible el comportamiento *negativo*.

Así sucede con la definición del delito de omisión de apoyo. El legislador prevé penas para el agente de la fuerza pública que «rehúse» o «demore» indebidamente el auxilio que le solicite la autoridad competente (art. 424 CP).

La *omisión impropia, impura, o comisiva por omisión* se predica de aquellos eventos en los cuales el autor del hecho, pudiendo cometer el delito con una *acción, se abstiene de hacer lo que debe hacer* y, teniendo *posición de garante*, produce el mismo resultado que habría obtenido si hubiera actuado positivamente.

El ejemplo de todos los países y libros de derecho penal: la madre, que tiene obligaciones alimentarias con su hijo recién nacido, puede quitarle la vida ahogándolo, si mientras duerme le coloca sobre el rostro la almohada; o inhibiéndose de nutrirlo continuamente, hasta cuando fallezca (arts. 103 y 104.1 CP).

El legislador colombiano, en estos casos, es *neutral* en la definición central de la conducta sancionable, pues no dice si se debe cometer *haciendo o no haciendo*. Así, si se hace, hay responsabilidad; y si no se hace aquello que se debe hacer, también. Lo trascendente, sin embargo, es la existencia o inexistencia de *posición de garantía*.

— *Conducta mixta.* Se presenta cuando el legislador, dentro de una misma definición típica, prevé la posibilidad de que sea cometida *haciendo y no haciendo*. Dicho de otra forma, de la lectura del tipo penal se desprende que el mismo delito se puede cometer si el autor *hace* y si *no hace*.

Así, por ejemplo, el legislador define el delito de falso testimonio de la siguiente manera: «El que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años» (art. 442).

Se incurre en tal infracción, entonces, tanto cuando el testigo *dice mentiras (falte a la verdad)*, como cuando *omite decir* toda la verdad o una fracción de ella (*la calle total o parcialmente*).

Conducta compleja. Concorre si la conducta punible obedece a una distribución del trabajo, a una diversificación funcional entre los varios autores y partícipes en el delito.

Este fenómeno es predicable sobre todo de aquellas organizaciones o empresas en las que existe delegación, descentralización, desconcentración o intermediación primaria o secundaria de las tareas que deben ser cumplidas.

Quizás en esta forma de comportamiento pensó el legislador colombiano cuando en materia de autoría incluyó la siguiente cláusula:

«También es autor quien actúa como miembro y órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado» (art. 29.3 CP).

Igualmente se podría decir que por la misma razón es aceptable la ideación de la figura del *interviniente*, creada en el último CP colombiano con estos términos:

«Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte» (art. 30.4).

Seis. La Corte Suprema de Justicia se ha ocupado a espacio y en detalle del tema, sobre todo en la sentencia de segunda instancia del 27 de julio del 2006, dentro del proceso número 25.536, en la cual explicó varios aspectos para nuestro medio. He aquí sus palabras:

«*Posición de garante* es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el *deber jurídico concreto* de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable.

Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la *posición de garante*.

En *sentido restringido*, viola la *posición de garante* quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

En *sentido amplio*, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la *posición de garante* quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.

La legislación penal colombiana sigue el *criterio restringido*, en el entendido que, con fundamento principal en los artículos 1.º y 95.2 de la Constitución Política, que construyen el *principio de solidaridad*, el artículo 25 del Código Penal dice expresa y taxativamente en cuáles casos es predicable la *posición de garante*, siempre con referencia a la omisión impropia o impura.

Bajo el título de “Acción y omisión”, el artículo 25 del Código Penal del 2000 —Ley 599— dice:

“La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 solo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.”

Como se percibe con facilidad, el artículo consta de dos partes:

La *primera* —incisos 1.º y 2.º—, obediente al primer paso en la evolución del tema, a la inicial y más tradicional *posición de garante*, se relaciona directamente con la persona a la que se puede imputar la realización de una conducta, cuando tiene el *deber jurídico* de impedir un *resultado jurídico* y no lo evita pudiendo hacerlo, es decir, apunta, como se dijo, a los delitos de comisión por omisión.

Esa fase primigenia quiere decir que la imputación solamente puede ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución o por la

ley al autor del hecho que está compelido a resguardar específicamente un bien jurídico.

Así, cuando se tiene el deber jurídico de obrar y no se actúa, el autor rompe la *posición de garante*.

La *segunda* —inciso 3.º con sus cuatro numerales, y párrafo— alude al ulterior desenvolvimiento del estudio del tema, si se quiere, cuando el análisis de la *posición de garante* comienza a separarse de lo estrictamente legal o jurídico y a ser penetrado por construcciones en general sociales, culturales y extralegales, tales como la “cercanía o proximidad social”, la “relación social especialmente estrecha”, las “relaciones de confianza”, la “tópica-analógica”, las “situaciones de compenetración social”, los «vínculos de solidaridad o de fidelidad”, la “creación previa del riesgo”, la “fusión de bien jurídico y rol social” o «teoría sociológica de los roles”, “el dominio sobre la causa del resultado”, los “deberes de aseguramiento en el tráfico”, etc. Por estas vías se abre espacio, entonces, a criterios como aquellos mencionados en los cuatro numerales del inciso 3.º del artículo 25 del Código Penal.

Y, desde luego, tal como lo dice el *párrafo* del artículo, esos *cuatro criterios operan exclusivamente respecto de los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual, y libertad y formación sexuales*.

Para decirlo de otra manera, existe *posición de garante* en todos aquellos eventos en los cuales, *frente a cualquier bien jurídico*, la persona tiene la *obligación constitucional o legal* de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, *frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados*, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente.

No obstante la nitidez de lo anterior para concluir en la existencia de las dos partes mencionadas en torno a la *posición de garante*, si fuera necesario, recuérdese el decurso de la teoría desde los albores de la confección del Código Penal hasta su culminación en el texto del artículo 25.

En la *Gaceta del Congreso* número 189, del 6 de agosto de 1998, se encuentra la “Exposición de Motivos” del proyecto de ley que luego se convertiría en el Código Penal del año 2000. Se lee:

“Se regulan las situaciones materiales de la imputación del resultado en materia de delitos impropios de omisión.”

Con ello se lleva al texto legal las recomendaciones de la doctrina acerca de una regulación expresa de la materia y en lo posible de las llamadas posiciones de garantía. Constitucionalmente rige el principio de solidaridad, el cual, principalmente, viene exigido cuando se trata de la protección de bienes jurídicos relacionados con la vida e

integridad personal (artículos 1.º y 95 numeral 2.º de la Carta Política); por lo que la propuesta busca desarrollar tales normas en un ámbito de estrechas relaciones y situaciones jurídicas.”

Sobre esto ha dicho la Corte Constitucional:

“La solidaridad es un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones.

Los deberes constitucionales son patrones de conducta social impuestos por el Constituyente a todo ciudadano, más no exigibles, en principio, como consecuencia de su mera consagración en la Carta Política, sino en virtud de una ley que los desarrolle. En esta medida, los deberes constitucionales constituyen una facultad otorgada al Legislador para imponer determinada prestación, pero su exigibilidad depende de la voluntad legislativa de actualizar, mediante la consagración de sanciones legales, su potencialidad jurídica.”

“El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo... Pero el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental.”»

Y allí mismo, en el articulado que se somete a consideración del Congreso, siguiendo esas directrices, el proyecto de disposición fue redactado así:

«La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado y no lo hiciera, pudiendo hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en el respectivo tipo penal. Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes circunstancias:

1. Cuando así lo establezca la Constitución o la ley.
2. Cuando se asuma voluntariamente la protección de una persona o de una fuente de peligro.
3. Cuando exista una comunidad estrecha de vida entre parejas.
4. Cuando se emprenda la realización de una actividad peligrosa por varias personas.
5. Cuando se haya creado precedentemente una situación de peligro.»

En un comienzo, entonces, en la norma fueron previstas cinco (5) situaciones constitutivas de *posición de garante*, y sin duda alguna la primera de ellas tenía un alcance genérico, condicionado sólo a que el deber de protección de bienes jurídicos, reclamado a cualquier persona, se supeditaba únicamente a que así hubiera sido reglado expresamente por la Constitución Política o por la ley.

En la *Gaceta del Congreso* número 280, del 20 de noviembre de 1998, para efectos de la Ponencia para Primer

Debate en el Senado de la República, se introdujeron modificaciones a la redacción, así:

«Se agregó, como inciso segundo, la siguiente expresión:

“La acción u omisión se excluyen por caso fortuito o fuerza mayor.”

Se trasladaron las mismas cinco (5) circunstancias constitutivas de *posiciones de garantía*, y se adicionó un parágrafo del siguiente tenor:

“*Parágrafo.* En tratándose de los numerales 2, 3, 4 y 5 sólo tendrán efecto para la ley penal respecto de los delitos que atenten contra la vida e integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexuales.”

Como se observa, la referencia a esos específicos delitos fue establecida solamente para los números 2 a 4, de donde se desprende que la circunstancia número 1 (“Cuando así lo establezca la Constitución o la ley”) fue excluida de esa limitante, es decir, que su aplicación genérica (y no solo para los concretos comportamientos delictivos señalados) fue prevista desde un comienzo.

Esa conclusión también nace de los fundamentos que tuvo el legislador para sustentar las modificaciones. Se dijo entonces:

“En Colombia desde hace mucho tiempo se ha adoptado el sistema de la cláusula general de transformación o ‘*equiparación*’ (inciso 2.º del artículo 21 del Código penal [de 1980, se aclara]), no obstante, las llamadas posiciones de garantía se han regido por un sistema de *numerus apertus*, quedando, sin duda alguna y como corresponde a un tipo abierto, en manos del operador jurídico el señalamiento de las situaciones y relaciones especiales que dan origen a las posiciones de garantía.”

Pero además, nuestra Carta Política es prolífica en la creación de *deberes jurídicos*, de los cuales, sin hesitación alguna, pueden derivarse posiciones de garantía.

Es lo que ocurre, como ejemplo paradigmático y preocupante, con el numeral 2.º de su artículo 95, cuando señala que todas las personas tienen el deber de *Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas*. Allí, según el contenido material de tal norma, todas las personas y ciudadanos que se encuentren en Colombia, están en posición de garantía respecto de todos sus semejantes.

La anterior no es una norma meramente moral, es, fundamentalmente, una norma jurídica, y como tal integra los deberes a que hace referencia el inciso 2.º del artículo 21 del Código Penal.

Ante la situación anterior es pertinente escuchar las recomendaciones de la más calificada doctrina:

“Frente a la resignación manifestada por aquellas posturas que consideran imposible una expresión por parte de la ley de las situaciones que originan ese deber de garantía, en virtud de la consideración de que semejante tipificación anquilosaría el desarrollo de nuevas posiciones de garantía engendradas por la movilidad social, debe recordarse que esta manera de pensar favorece el creci-

miento desafortunado y caótico de este elemento como fruto de una creación judicial incontrolada. ¿Qué es, entonces, preferible: quedarse corto o pasarse, cuando esto último implica, además, utilización de analogía contra reo?» (Susana HUERTA TOCILDO, «Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión», Madrid, 1987, página 138).

Y continúa: «1) mejor una cláusula general sin posiciones de garantía que el silencio legal; y 2) mejor una cláusula general con expresión aunque sea imperfecta o incompleta de las posiciones de garantía, que una que no las exprese» (Ibídem, página 160).

El Código Penal actual trae expresamente consagrada la cláusula general de equiparación, empero, quedan totalmente abiertas las posiciones de garantía. Además del peligro señalado por la doctrina, resulta, de especial importancia, la amplitud inusitada a que quedan sometidos todos los ciudadanos —garantes todos de todos, en materia de vida e integridad personal— por virtud de lo señalado por el numeral 2.º del artículo 95 de la Carta Política.

En el inciso 2.º del artículo 10.º, que por demás es una norma rectora con las implicaciones señaladas en el artículo 13, lleva hasta sus últimas consecuencias el principio de legalidad en materia de delitos de omisión. Exige, de manera perentoria, que los deberes se encuentren consagrados en la Constitución o en la ley, entendida esta en sentido material; pero además, tal deber debe encontrarse «claramente delimitado».

Por tanto, el artículo 25 busca llevar el principio de legalidad a las posiciones de garantía, delimitando, por virtud de consideraciones de especiales relaciones y situaciones, el ámbito del numeral 2.º del artículo 95 de la Constitución Política. Su órbita de acción no se desconoce, sino que, por una evaluación de circunstancias, su desconocimiento puede ser constitutivo de un delito de acción por omisión o de la simple omisión de socorro contemplada en el artículo 131 cuando no se esté en posición de garantía.

Sin embargo, es claro que la Constitución y la ley pueden traer y crear otras posiciones de garantía, empero, las mismas deben ser delimitadas (artículo 25, numeral 1.º). Pero también hacerlas extensivas a otros bienes diferentes a los consignados en el párrafo: no puede desconocerse, de antemano, la facultad configuradora del legislador en materia de creación de tipos penales.

En la *Gaceta del Congreso* número 432, del 11 de noviembre de 1999 —ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes y pliego de modificaciones—, se observa cambio en la redacción de la norma, que finalmente quedó en los términos en que fue consignada en la ley 599 del año 2000.

En la definición adoptada por el Código Penal, de las cinco circunstancias «constitutivas de posiciones de garantía» fijadas en un comienzo, solo fueron trasladadas las cuatro finales. Y la primera («Cuando así lo establezca la constitución o la ley») fue acogida en la definición genérica de la *posición de garante*, en cuanto dice que se

entiende por tal que el agente tenga a su cargo la protección de un concreto bien jurídico, o la vigilancia de una fuente de riesgo, «conforme a la Constitución o a la ley».

Y ya no hubo más transformaciones al tema.

Y prosigue la Corte Suprema en la misma decisión:

«Desde otro ángulo, para concluir con la argumentación, el Derecho comparado permite arribar a la conclusión aquí obtenida en cuanto la primera parte del artículo 25 del Código Penal no constriñe su alcance a determinados bienes jurídicos. Así, por ejemplo:

El artículo 13 del Código Penal alemán, bastante consultado en Colombia durante los últimos tiempos, dispone:

“Comisión por omisión. Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produzca, y cuando la omisión es equivalente a la realización del tipo legal mediante una acción.”

El número 2 del artículo 40 del Código Penal de Italia, país de larga y profunda influencia en el pensamiento penal colombiano, dice:

“No impedir un resultado, que se tiene la obligación jurídica de evitar, equivale a ocasionarlo.”

El artículo 11 del Código Penal de España, país que también ha sido bien recibido por nuestros estudiosos y legisladores del tema penal, expresa:

“Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

El numeral 2 del artículo 10 del Código Penal de Portugal, explica:

“La realización de un evento mediante omisión es punible solo cuando sobre el omitente recae la obligación personal de evitar tal resultado.”

El artículo 8 del Código Penal de Eslovenia de 1995, manifiesta:

“(1) El delito puede ser cometido mediante acción o mediante omisión.

(2) Se incurre en delito omisivo solamente cuando el autor no ha desplegado una acción que tenía el deber jurídico de cumplir.

(3) También se comete delito por omisión cuando, ante la ausencia de un tipo omisivo expreso, el autor no impide la producción de un resultado prohibido. En tal caso el autor es punible solo si jurídicamente está obligado a impedir el resultado y si la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una conducta activa.”

El reciente Código Penal de Croacia (1997) también desarrolla el punto en el numeral (2) de su artículo 25:

“El delito es cometido mediante omisión, cuando el autor, que está obligado jurídicamente a impedir el resultado del ilícito previsto en la ley, omite hacerlo y tal omisión por efectos y significado es igual a la comisión del delito por medio de una conducta activa.”

En línea similar, se pronuncia el inciso 2.º del artículo 18 del Código Penal de Costa Rica (1970):

“Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo.”

El Código Penal del Ecuador de 1938 asumía el tema de la siguiente forma:

“Artículo 12. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.”

El artículo 13 del Código Penal del Perú (de 1991) es del siguiente tenor:

“El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuere propio para producirlo; y

2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada.”

Y el artículo 3 del Código Penal del Uruguay (1889-1934), afirma:

“Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si el daño o el peligro del cual depende la existencia del delito, no resulta ser la consecuencia de su acción o de su omisión. No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo.”

La muestra atendida permite inferir que por lo menos en muchísimas legislaciones —si no en todas— se ha plasmado una disposición que en materia de delitos de comisión por omisión pune a quien teniendo el *deber jurídico* de impedir un resultado evitable se abstiene hacerlo. Y nótese en esa muestra que ninguna de las normatividades restringe la comisión por omisión a ciertos y expresamente determinados bienes jurídicos.

En la materia, entonces, coinciden la primera parte del artículo 25 del Código Penal Colombiano y las regulaciones similares de otros países, en cuanto las conductas conocidas como de omisión impropia que emanan del incumplimiento de las obligaciones impuestas al hombre por la Constitución y/o por la ley no se circunscriben exclusivamente a unos pocos delitos.

Como se ve, la letra de la ley, la estructuración de la normatividad pertinente, la historia reciente del articulado, y el derecho comparado, permiten afirmar lo dicho al comienzo de este sector de esta sentencia: el artículo 25 del Código Penal está conformado por dos grandes partes: la primera, que comprime la *posición de garante* al deber impuesto por la Constitución y la ley o, más exactamente, por el derecho, en relación con *todo bien jurídico*; y la segunda, que extiende la posición de garante a los fenómenos conocidos como el ámbito de dominio, la co-

munidad estrecha, la actividad plural arriesgada y la injerencia, casos estos solamente admisibles *frente a los bienes jurídicos vida e integridad persona, libertad individual y libertad y formación sexuales*.

Y si el derecho impone a una persona una obligación, y ésta se sustrae a la misma con intención y querer o por omisión del deber de cuidado en el caso concreto, con lo cual produce una ofensa al ordenamiento jurídico, viola la posición de garante pues infringe sus deberes.

La revisión de nuestra ley y del estudio acabado de transcribir de la Corte Suprema de Justicia, permite extraer las siguientes *conclusiones* frente a los tópicos problemáticos de los delitos de comisión por omisión:

1. Si bien podría pensarse frente a la legislación pasada (Código Penal de 1980 y de allí hacia atrás) en la posibilidad de violación del *postulado de la legalidad* ante el carácter *abierto* de la comisión por omisión y por la referencia a la «equiparación», que, en realidad, no es más que «analogía contra reo», lo cierto es que en principio no existe vulneración del axioma, dada, sobre todo, la regulación concreta, específica, de las posiciones de garantía, así la normativa no sea la más nítida y tome partido por varios planteamientos teóricos que en un momento determinado podrían ser vistos hasta como irreconciliables. En nuestro Código, entonces, no hay causalismo, neokantismo, finalismo, funcionalismo ni normativismo puros. Hay de todo un poco: movimientos musculares, castigos por inobservancia del deber de actuación, más o menos equivalencias y posturas de garantía y hasta leve admisión de concepciones unitarias de la conducta que no se preocupan, para estos efectos, por la distinción entre acción y omisión. Más, sí, se percibe el respeto hacia la legalidad.

2. Autor de un delito de comisión por omisión, clase de delito que se muestra como «especial», solo puede serlo quien tiene posición de garante, en virtud de las varias fuentes ya señaladas.

3. El dolo en estos delitos emana del artículo 22 del CP. Por tanto, es menester que el agente conozca su posición de garante; que sepa cuáles son sus deberes con base en ella; que comprenda la situación de riesgo en que se encuentra el bien jurídico; y que voluntariamente realice una conducta y se abstenga de desplegar aquella que le corresponde.

4. La comisión por omisión culposa también es factible, siempre que, entre otras cosas, se esté frente a delitos que admiten la modalidad culposa, por ejemplo, el homicidio (art. 109 CP), las lesiones (art. 120 CP), el peculado (art. 400 CP) y el favorecimiento de la fuga (art. 450 CP). Si de acuerdo con nuestra legislación la culpa surge cuando el autor omite el deber de cuidado objetivo, con lo cual, y otras cosas, produce un resultado evitable (art. 23 CP), hay responsabilidad a ese título si la persona no ha querido conocer el alcance y contenido de sus deberes o si, conociéndolos, no hace con diligencia todo lo necesario para, en realidad, efectivizarlos e impedir consecuencias lesivas.

Costa Rica

Roberto Mardigal Zamora

1. Aspectos jurídicos

El Código Penal de Costa Rica (que data de la década de los años setenta del siglo XX) en su artículo 18 titulado «Forma del hecho punible» dispone: «El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo». De seguido para referirse al tiempo del hecho punible, el numeral 19 reza: «El hecho se considera realizado en el momento de la acción u omisión, aun cuando sea otro el momento del resultado».

Unos artículos más adelante refiere el mismo texto legal lo relativo al concurso ideal diciendo: «Hay concurso ideal cuando con una sola acción u omisión se violan diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí» (artículo 21).

El tópico de la omisión vuelve a ser materia tratada en la parte general del código en punto al tema de la imputabilidad y sus formas (artículo 42: «Es inimputable quien en el momento de la... omisión..., no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión..., a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o sustancias enervantes»; y artículo 43: «Se considera que actúa con imputabilidad disminuida quien, por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, no posea sino incompletamente en el momento de la... omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión»).

Entrando ya en la parte especial del código podemos señalar como prototipos de los delitos de comisión por omisión los siguientes:

— «Artículo 144.—Omisión de auxilio. Será reprimido con veinte a cien días multa el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, según las circunstancias, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal».

— «Artículo 185.—Incumplimiento del deber alimentario. Se impondrá prisión de un mes a dos años o de quince a noventa días multa al padre, adoptante, tutor o guardador de un menos de dieciocho años o de una persona desvalida, que deliberadamente omitiere, mediando o no sentencia civil, prestar los medios indispensables de subsistencia a que está obligado». El segundo párrafo del artículo extiende su aplicación en tratándose de hijos con respecto a los padres, cónyuges entre sí y hermanos; mientras que el numeral siguiente agrava la pena si el autor incurre

en un fraude de simulación con respecto a sus propios bienes o se coloca en estado de imposibilidad de cumplimiento de la obligación con tal de eludir la misma.

—«Artículo 187.—Incumplimiento de deberes de asistencia. El que incumpliere o descuidare los deberes de protección, de cuidado y educación que le incumbieren con respecto a un menor de dieciocho años, de manera que éste se encuentre en situación de abandono material o moral, será reprimido con prisión de seis meses a un año o de veinte a sesenta días multa, y además con incapacidad para ejercer la Patria Potestad de seis meses a dos años. A igual pena estará sujeto el cónyuge que no proteja y tenga en estado de abandono material a su otro cónyuge». El párrafo segundo exime de pena al que pague los alimentos debidos y garantice su ulterior cumplimiento.

—«Artículo 188.—Incumplimiento o abuso de la Patria Potestad. Será penado con prisión de seis meses a dos años y además pérdida e incapacidad para ejercer los respectivos derechos o cargos, de seis meses a dos años, el que incumpliere o abusare de los derechos que le otorgue el ejercicio de la Patria Potestad, la tutela o curatela en su caso, con perjuicio evidente para el hijo, pupilo o incapaz».

—«Artículo 305.—Desobediencia. Se impondrá prisión de quince días a un año al que desobedeciere la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, salvo que se trate de la propia detención».

—«Artículo 330.—Incumplimiento de deberes. Será reprimido con veinte a sesenta días multa, el funcionario público que, abusando de su cargo, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario en perjuicio de los derechos de alguien».

Mención especial merece la situación que se presenta en punto al delito de estafa sancionado en el artículo 216 del nuestro Código penal que estipula: «Quien induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, utilizándolos para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio ajeno, será sancionado de la siguiente forma: 1.—Con prisión de dos meses a tres años, si el monto de lo defraudado no excediere de diez veces el salario base. 2.—Con prisión de seis meses a diez años, si el monto de lo defraudado excediere de diez veces el salario base».

El delito de estafa podría cometerse por omisión en aquellos casos en que el agente activo se encontraba en posición de garante por disposición legal (recuérdese o dispuesto por el ya transcrito artículo 18), de modo que para que se configure esta modalidad tendría que tratarse de una situación en que el autor omite la aclaración de un hecho la ofendido siendo posible hacer esa aclaración; que legalmente exista esa obligación de aclarar el hecho; que la omisión corresponda a la realización del tipo penal de la estafa mediante acción (esto es lo que se denomina cláusula de correspondencia de los delitos de comisión por omisión); y que según las circunstancias dicha aclaración

ción le sea exigible al autor. De lo contrario podríamos estar ante un incumplimiento contractual que no sea delito.

2. Aspectos criminológicos

En punto a lo que son las consecuencias sociales actuales del tema dogmático en estudio, tal vez lo más destacable es la «pugna» conceptual surgida con respecto al delito de Desobediencia a la Autoridad entre la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Casación Penal.

Antes de exponer el contenido de tal discrepancia permítasenos aclarar un par de puntos.

El primero tiene que ver con la existencia en nuestro país de dos tribunales diferentes que llevan a cabo el control de casación. Históricamente en Costa Rica la casación estuvo confiada a un único tribunal cual era la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo una reforma legal creó el Tribunal de Casación Penal al que se le encargó originalmente el conocimiento de aquellos recursos correspondientes a las sentencias dictadas por un tribunal unipersonal las que a su vez correspondían a aquellos delitos que tuvieran sancionada una pena no mayor a tres años de prisión (actualmente cinco).

El segundo hace referencia a la trascendencia en nuestra realidad nacional del tipo penal de la desobediencia a la autoridad. Bajo esta tipificación se sanciona el incumplimiento de las órdenes de restricción dictadas por los Juzgados de Violencia Doméstica a quienes les corresponde conocer —no penalmente— las denuncias de agresiones intrafamiliares, algo que viene a constituir todo un tema de la agenda pública por su cantidad e incidencia sobre la salud y seguridad públicas.

En este contexto el Tribunal de Casación —a quien en principio le corresponde conocer los recursos de casación contra las sentencias dictadas en casos en que se juzgan desobediencias a la autoridad como las antes expuestas— sostiene que en estas hipótesis se está en presencia de un delito de omisión por omisión por tratarse (el desconocimiento de las medidas de restricción) de la falta de acatamiento de la orden emanada por un juez de violencia doméstica sin que se requiera la producción de ningún resultado, no debiendo confundirse que la eventual acción física que ejecute el agente activo no es más que la comprobación material de la voluntad de desacatar la orden.

Esta posición de la jurisprudencia tiene como importantísimo efecto práctico que la reiteración de actuaciones o actividades físicas ejecutadas por una determinada persona en contradicción con lo que le ha sido ordenado (por ejemplo no presentarse a la vivienda de la persona protegida por la orden) serán conceptualizadas como una sola infracción, esto es, como un solo delito con la consecuente imposición de una única pena respondiéndose así además a una realidad social de racionalizar la aplicación del derecho penal (esto por cuanto no es inusual que la persona acusada de desobedecer las medidas de restric-

ción impuestas en su contra se vea enfrentado a una gran pluralidad de acusaciones).

Por su parte la Sala de Casación a quien si bien no le corresponde analizar los recursos contra este tipo de delitos tiene eventualmente la oportunidad de conocerlos cuando analiza casos en que concurra una desobediencia con un delito más grave cuya competencia sí le ha sido encargada a dicha Sala.

En estos casos esta instancia ha resuelto en sentido contrario a lo expuesto por el Tribunal de Casación, haciendo ver que no es del todo exacto lo sostenido por este último tribunal toda vez que atendiendo al sentido técnico jurídico de la palabra omisión el desatender una orden judicial es una acción en sí misma, que puede materializarse a través del despliegue de una conducta activa o pasiva; para finalizar afirmando que la razonabilidad en la aplicación de la pena se consigue en todo caso a partir de la aplicación de las reglas del concurso material de delitos.

Guatemala

Alejandro Rodríguez Barillas

El ordenamiento jurídico no solo impone a los ciudadanos abstenerse de realizar conductas (prohibiciones) lesivas para bienes jurídicos. En algunos casos también impone mandatos normativos (normas imperativas), es decir, la obligación de actuar en protección de bienes jurídicos. Los delitos de omisión son, por tanto, mandatos del legislador que imponen al sujeto realizar ciertas conductas de protección de bienes jurídicos.

La esencia en los delitos de omisión es la no realización de una acción. Cuando la conducta es imperativa la conducta que la infrinja consistirá en un no hacer la acción que la norma ordena.

Ejemplo: El artículo 156 establece el delito de omisión de auxilio: «Quien encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años, a una persona herida, inválida o amenazada de inminente peligro, omitiere prestarle el auxilio necesario, según las circunstancias, cuando pudiera hacerlo sin riesgo personal, será sancionado con multa de...»

La acción ordenada por la norma es la de *prestar el auxilio necesario según las circunstancias* a una persona que se encuentra en una situación de grave desamparo. El no socorrer constituye la conducta que infringe la norma.

La omisión en sí misma no existe, la omisión no es más que la acción que la norma imperativa ordena al ciudadano y cuya no realización constituye la esencia. Por ello no existe la omisión de en sí, sino, siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada.

LA ACCIÓN ESPERADA

La omisión penalmente relevante solo puede ser la omisión de una acción esperada; el delito omisivo consiste siempre, por tanto, en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía obligación de realizar y podría realizar. El delito de omisión es siempre estructuralmente una infracción de un deber.

Cuando el sujeto no puede realizar la acción esperada, por un impedimento físico insuperable no incurre ni siquiera en una conducta típica.

LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIOS DE OMISIÓN PURA

En estos delitos el contenido típico está constituido por la simple infracción de un deber de actuar.

TIPO OBJETIVO

En esta clase de delitos (como en la omisión de auxilio) el deber de actuar surge, en el plano objetivo, de la presencia de una situación típica (persona amenazada de un inminente peligro) que exige una intervención. La no prestación de una intervención (no socorrer) posible y esperada determina el cumplimiento de los elementos objetivos del tipo de lo injusto de este delito, al que suelen añadirse otros elementos que delimitan el ámbito de exigencia (poder hacerlo sin riesgo propio ni de un tercero).

En el ámbito objetivo, el tipo puede imponer un deber genérico, dirigido a todos los ciudadanos. O puede también estar referido a autores en los cuales concurren determinadas cualidades. En este sentido, se constituyen en un delito especial. Ejemplo de esta clase de delitos es el de incumplimiento de deberes: «El funcionario público que omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función o cargo, será sancionado con...».

Los delitos de omisión propia son delitos de mera omisión, ya que no requieren la producción de un resultado, sino basta la existencia de una situación típica que impone al sujeto la obligación de realizar una acción determinada.

No obstante, siendo estos delitos tipos abiertos, presentan serios problemas en cuanto al principio de taxatividad. La acción ordenada por el derecho, que el sujeto omite realizar, es variable de acuerdo con las circunstancias. Por ello, se exige que el juez «cierre» el tipo señalando con claridad cuál es el mandato específico que el sujeto violó y como se integra dicho mandato.

En conclusión el tipo objetivo requiere:

Situación típica generadora del deber;

La no realización de la acción mandada;

Poder de hecho de ejecutar la acción mandada.

La situación típica generadora del deber

Es el primer elemento del tipo objetivo. La situación de hecho de la que surge el deber de realizar una determinada acción, es una situación que representa en todos los casos un riesgo para un bien jurídico. Por lo general, la situación está descrita en la ley. En otros casos, es necesario precisar el fundamento de la situación jurídica.

Forma parte de la descripción de la situación la circunstancia de que prestar el auxilio no da lugar, a su vez, a un peligro para el omitente. (art.156 CP). Se trata de un riesgo que la persona no está obligada a soportar.

La no realización de la acción de que es objeto de deber

La comprobación de este extremo se logra mediante la comparación de la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar. Por lo general está acción está descrita. Por el contrario, no está descrita, cuando el deber requiere evitar el resultado, pues tales casos la acción exigida es la que técnicamente impediría la producción del mismo y en las diversas situaciones, en las que el resultado corre el peligro de producirse, es sumamente difícil establecer que acción debe realizar el obligado. La acción mandada se tendrá por cumplida cuando el obligado haya intentado seriamente su realización.

Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción

La capacidad del obligado de realizar la acción mandada o de, en su caso, evitar el resultado es el tercer elemento del tipo objetivo. Se trata de un elemento individual.

Este elemento puede definirse de dos maneras diferentes. En primer lugar, es posible considerar que la capacidad de ejecutar la acción o de evitar el resultado debe evaluarse sin tomar en consideración el conocimiento que el autor tenga de ella: tiene capacidad el que no sabe nadar, pero tiene la posibilidad de arrojar al que ha caído al agua un salvavidas.

TIPO SUBJETIVO

En el ámbito subjetivo, la imputación a título de dolo requiere el conocimiento de la situación típica y de las posibilidades de intervención que el sujeto tiene y que se sustraiga voluntariamente, a pesar de ese conocimiento a la obligación de actuar. En efecto, se requiere que el obligado haya podido tomar la decisión de la acción mandada y de realizarla, por cuya razón se requiere como elemento esencial tanto el conocimiento de la situación generadora del deber como la cognoscibilidad de los medios para realizar la acción y el conocimiento de fin de la acción.

El tipo subjetivo debe referirse en consecuencia al conocimiento de los elementos objetivos del tipo. El autor tiene que conocer el deber jurídico, esto significa:

tener conciencia de la situación típica (*v.gr.* saber que la víctima se encuentra herido, o el menor está en situación de abandono);

tener conciencia de la acción esperada. Pero además es necesario que haya tenido el conocimiento sobre la existencia de los presupuestos exteriores, (cercanía, medios) para la realización de la acción, así como las fuerzas físicas y capacidades técnicas del omitente. Por encima de ello, se exige que el omitente se haya representado o podido representar el fin de su acción como posible.

La falta de conocimiento sobre estos elementos daría lugar a un error de tipo.

Finalmente es necesario que el autor omita realizar la acción esperada voluntariamente, es decir, haya querido infringir el deber jurídico.

Los delitos de comisión por omisión

Los delitos de omisión pura o propia constituyen tipos penales de mera actividad. Sin embargo, en algunas ocasiones, el derecho penal equipara la omisión de ciertas acciones como causantes de un resultado.

Los delitos de comisión por omisión son delitos de resultado, en donde es necesario que a la omisión de la acción esperada se produzca un resultado. Para ello no es necesario que el comportamiento omisivo se exprese en el tipo, el que solo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción del resultado prohibido.

Por ejemplo:

La madre que no da de comer a su hijo y éste muere de inanición;

La enfermera que no coloca el suero al enfermo;

El del secuestrador que no da la comida al secuestrado encerrado en una celda aislada.

En todos estos casos, y en otros similares, se puede decir que la omisión equivale a la acción y que por tanto, también constituye una acción de matar el dejar morir a una persona en estas circunstancias.

Para equiparar estos comportamiento omisivos, que de alguna manera son de tal gravedad que se consideran COMO SI hubieran causado el resultado, se ha contemplado la cláusula de equiparación valorativa o cláusula de equivalencia entre acción y omisión del artículo 18 CP:

Quien omite impedir un resultado que tiene el deber jurídico de evitar, responderá como si lo hubiera producido.

El fundamento de la equiparación consiste en el deber jurídico de evitar el resultado. No cualquier persona tiene

la obligación de evitar un resultado, solo determina dos sujetos tienen esta obligación. De esa suerte el problema principal en los delitos de comisión por omisión radica en establecer normativamente quienes tiene esta obligación de evitar el resultado.

En la doctrina se afirma que únicamente tiene obligación de evitar un resultado quien ostenta una determinada posición jurídica: quien tiene POSICIÓN DE GARANTE. El problema en nuestra legislación radica en que el Código no señala cuál es la fuente de la posición de garante. Desde esta perspectiva, el artículo 18 deja abierto el fundamento del deber de garante, lo que hace particularmente importante establecerlo para poder cumplir con mandato de determinación del artículo 17 de la Constitución.

Otros ordenamientos jurídicos dan una limitación más precisa del deber jurídico, como por ejemplo, la cláusula de equiparación del art. 11 del CP español, el cual establece como fuentes de la posición de garante:

Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

El CP español en este sentido recoge como fuentes de la posición de garante:

La ley;

El contrato;

La injerencia, es decir, la creación de un riesgo para el bien jurídico precedente.

Estas fuentes de la posición de garante constituyen la posición de la doctrina dominante en España, la cual ve en ellas el fundamento de la posición de garante.

Antes de entrar a abordar el problema de la posición de garante es preciso señalar que para que exista un delito en comisión por omisión, hay que resolver ciertos problemas:

La relación causal entre omisión y el resultado producido.

El deber de evitar el resultado que incumbe al sujeto (posición de garante).

RELACION ENTRE OMISIÓN Y RESULTADO

El delito de comisión por omisión es un delito de resultado, en el que el resultado producido debe ser imputado al sujeto de la omisión; para ello debe buscarse un criterio que permita equiparar la omisión a la causación del resultado.

Es necesario indicar que entre omisión y resultado no existe causalidad. La omisión en sí misma no puede causar un resultado, ya que la causalidad exige la puesta en marcha de una fuerza desencadenante que por definición falta en la omisión.

Por ello, en la omisión se habla de una causalidad hipotética: esta consiste en la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado. La acción omitida, LA ACCIÓN SALVADORA) tendría que haber estado en capaci-

dad de evitar el resultado. De esta manera, la acción salvadora crea un hipotético curso causal salvador que daría lugar a la evitación del resultado. Para que se pueda realmente considerar que existe imputación objetiva entre omisión (acción salvadora) y resultado si la acción mandada hubiera evitado CON UNA CERTEZA RAYANA EN LA CERTEZA, el resultado.

Para ello es necesario efectuar un juicio de causalidad hipotética, en donde el primer aspecto será aplicar la teoría de la equivalencia de las condiciones. La **evitabilidad del resultado** es el criterio: es preciso plantearse si la realización de la acción esperada hubiera previsiblemente evitado la producción del resultado. Pero ello requiere que la acción salvadora evite el resultado con toda certeza.

A ello hay que añadir la capacidad necesaria para realizar la acción salvadora.

Además hay que hacer el juicio de imputación objetiva, el cual requiere necesariamente:

Que la omisión haya creado o incrementado un riesgo jurídicamente desaprobado.

Que sea el riesgo creado por la omisión el que se materialice en el resultado y no otro.

El fin de protección de la norma.

El deber de evitar el resultado: la posición de garante

Para que el resultado a un sujeto que omite una acción le sea imputado como si lo hubiera causado es necesario que ostente un deber jurídico especial de proteger el bien jurídico. Esta obligación jurídica es la posición de garante. Así en los delitos de comisión por omisión, sujeto activo no puede ser cualquier sujeto que pueda evitar el resultado..., sino solo el que tenga un deber jurídico específico de evitarlo (son delitos especiales).

Es necesario acudir a la doctrina para desentrañar las fuentes de posición de garante, ya que nuestro Código Penal no los expresa claramente. Aquí también estamos frente a tipos abiertos, en los que solo una parte del tipo viene descrita expresamente en el supuesto de hecho de la norma penal, teniendo el juez que buscar los restantes elementos que fundamentan la posición de garante (este es un elemento central de la motivación de la sentencia, pues si el deber de garante no está fundamentado la sentencia violaría el principio de legalidad).

Las fuentes tradicionales como la ley, el contrato, la injerencia previa que señala el CP español no se corresponden totalmente con las necesidades de protección de bienes jurídicos desde una perspectiva político criminal. Por eso, se ha tratado de superar las deficiencias de la teoría tradicional a través de criterios generales que abarquen con mayor propiedad las necesidades de protección de bienes jurídicos.

Desde este criterio material —y no formal— de la fuente de posición de garante, ésta puede surgir de dos diversas situaciones:

a) Posición de garante emanada de un deber de protección de un bien jurídico frente a los peligros que pudieran amenazarlo.

b) El deber de cuidado de una fuente de peligro.

a) POSICIÓN DE GARANTE EMANADA DE UN DEBER DE PROTECCIÓN DE UN BIEN JURÍDICO FRENTE A LOS PELIGROS QUE PUEDA AMENAZARLO (función protectora de un bien jurídico).

Existe la obligación de sujeto de ejercer actividades específicas de tutela sobre bienes jurídicos. La doctrina identifica diversos tipos de casos:

La aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras:

Como sucede cuando tiene el cuidado de personas necesitadas (la niñera que se hace cargo de un niño) y las personas que de forma expresa o tácita asumen la obligación de impedir resultados, obligación que constituye precisamente el objeto de su aceptación, que puede o no fundamentarse en la ley.

Los cuidados debidos por quienes aceptan el cuidado de personas que realizan actividades de las que puede resultar de un peligro (guardabosques, salvavidas, bomberos, etc.).

La vinculación natural que se da sobre todo en el ámbito familiar entre los cónyuges, parejas de hecho, familiares cercanos y los casos de convivencia.

iii) La aceptación voluntaria de determinadas funciones en una comunidad de peligros: los miembros de una expedición en la montaña.

B) DEBER DE VIGILANCIA DE UNA FUENTE DE PELIGRO

En estos casos al omitente tiene una especial garantía de seguridad respecto de una fuente de peligros que tiene bajo su control.

Entran aquí:

El actuar precedente o injerencia: un hecho anterior del propio sujeto genera el peligro del bien jurídico. Quien con su hacer activo, aunque sea sin imprudencia, ha dado lugar al peligro inminente de un resultado típico, tiene la obligación de impedir una producción del resultado.

Ahora la injerencia no puede entenderse como una fundamentación genérica en la que todo resultado que se derive de la fuente de peligro es automáticamente, imputable al sujeto encargado de su control o vigilancia. Generalmente la omisión de estos deberes dará lugar a un delito de comisión imprudente, aunque tampoco esté excluida la imputación dolosa.

En estos casos la responsabilidad por el hecho anterior requiere, en todo caso, que el resultado sea producto directo del peligro creado por el hecho anterior y que el hecho anterior haya sido contrario al deber.

Responder por peligros creados por otras personas que estén dentro del ámbito de influencia del omitente.

Deben tomarse en cuenta aquí los peligros causados por hijos menores, de los maestros respecto de los menores a su cargo, de los funcionarios públicos respecto de menores a su cargo, de los funcionarios respecto de sus subor-

dinados, de los administradores o empleados jerárquicos respecto de los administradores o empleados que trabajan bajo sus órdenes.

En todo caso debe tenerse en cuenta que no se responde sencillamente por ostentar una determinada posición, puesto que ello sería una manifestación de responsabilidad objetiva. Para que realmente se pueda adscribir responsabilidad penal a quien ostenta una posición de garante es preciso que se le pueda demostrar que tenía el conocimiento del peligro generado por sus subordinados: es decir, que ellos estaban a punto de cometer un acto antijurídico y además, que haya tenido la posición material de poder evitar tal resultado.

Es singularmente importante la posición de garante en los funcionarios públicos frente a los bienes e intereses del Estado y sobre todo frente al respeto de los derechos fundamentales de los particulares. Los funcionarios públicos, como el Jefe de comisaría o el militar que no intenta seriamente impedir el exceso de sus subordinados respecto de intereses de la comunidad responde indudablemente como si él mismo hubiera causado el resultado.

El tipo subjetivo doloso requiere

Conocimiento de la situación típica;

De la forma de evitar el resultado,

y de la posibilidad real que tiene de evitarlo.

El desconocimiento debido a error vencible o negligencia puede dar lugar a la imputación por imprudencia.

Es necesario que el sujeto esté consciente de su posición de garante. No es necesario, sin embargo que tenga conciencia que el ostentar la posición de garante le obliga a actuar. En estos supuestos se dará un error de prohibición, que podrá ser vencible o invencible según las circunstancias. En el caso de los funcionarios públicos el error de tipo siempre debe considerarse vencible, puesto que es un deber de todo funcionario público el comportarse conforme a la ley y por lo tanto examinar la legalidad de su actuación.

HONDURAS

Angie Andrea Arce Acuña

Universidad Escuela Libre de Derecho (Costa Rica)

Introducción

En la dogmática penal en general, los tipos penales se distinguen, entre otras cosas, según se refieren a la infracción de una norma prohibitiva de hacer o a la desobediencia de un mandato de acción, existiendo así los denomina-

dos delitos de comisión y delitos de omisión, respectivamente. Se encuentran igualmente casos en los que se penaliza en una misma disposición legal, tanto una acción generadora de un resultado como la omisión de evitarlo, dando origen a una figura mixta conocida en la doctrina como «la comisión por omisión»¹.

En los Códigos penales encontramos una serie de mandatos no sancionados expresamente por la ley, cuya transgresión se castiga según el marco penal de los tipos de comisión a los que se equipará. Se podría decir que la diferencia fundamental entre el delito comisivo y el omisivo, se encuentra en las reglas que rigen la verificación de la adecuación típica, de donde al tipo prohibitivo resulta adecuada solamente la acción que coincide con la descrita en el tipo. Por su parte, al tipo imperativo es adecuada toda acción que no coincida con la ordenada por la norma. En otras palabras, las normas jurídicas son prohibitivas o preceptivas.

Si la norma prohibitiva viene a impedir una acción determinada, se ordena por tanto una omisión. Por el contrario, la norma preceptiva viene a ordenar una determinada acción, solicitándose un hacer positivo, de modo que la infracción consiste en la omisión de ese hacer.

En el caso de la comisión por omisión, también conocida como omisión impropia, se trata propiamente de la situación en que se encuentran determinados sujetos, que están obligados a actuar para evitar un resultado típico. A esos sujetos se les denomina «garantes». La omisión impropia se refiere así a la falta de cumplimiento del deber mencionado por parte del «garante». Es por tanto un delito de evitación de resultado, donde el autor se restringe a un círculo reducido y específico.²

Los delitos de omisión impropia constituyen así la contrapartida de los delitos de resultado, por eso señala la doctrina alemana, que en los delitos de omisión impropia, al contrario de los delitos de resultado, se impone al garante un deber de evitar el mismo.³ La producción del resultado pertenece al tipo, y el garante que vulnera su deber de evitarlo se ve gravado con la responsabilidad jurídico-penal por ese resultado típico. Un ejemplo del nacimiento del deber de garante, lo constituye el caso del sujeto que con su auto atropella a otra persona, naciendo en ese momento para el conductor el deber de llevar al lesionado a que le presten atención médica, ya no como un simple deber de socorro, sino por su posición específica de garante.

A) Regulación de la comisión por omisión en Honduras

Los delitos de comisión por omisión tienen un sujeto específico como se mencionaba anteriormente, siendo el garante quién debe evitar el resultado del delito, este garante puede serlo por propia voluntad, de índole contractual o por la profesión. El Código Penal Hondureño en su artículo 13 señala textualmente lo siguiente:

«El delito puede ser realizado por acción o por omisión y necesariamente debe ser doloso o culposo.

El delito es doloso, cuando el resultado responde a la intención que se tuvo al ejecutarlo o cuando el autor sabe, o está obligado a saber, que como consecuencia de la acción u omisión existe la posibilidad de que se produzca un efecto dañoso constitutivo de delito, no obstante, lo cual ejecuta el hecho y acepta, por ende, las consecuencias que del mismo se derivan.

El delito es culposo cuando es resultado de imprudencia, impericia o negligencia o cuando es producto de la inobservancia de una ley, de un reglamento o de órdenes, resoluciones o deberes, atendidas las circunstancias y la situación personal del delincuente. El delito culposo sólo será punible en los casos expresamente determinados por la ley.

En ningún caso la pena de un delito culposo podrá ser mayor que la correspondiente a ese mismo delito si se hubiera cometido dolosamente cuando así ocurra, se impondrá la pena del delito doloso rebajada en un sexto.»⁴

En su mayoría los Códigos Penales no regulan de forma expresa la comisión por omisión, sino que, de forma indirecta, se menciona, o bien, se tutela por cláusulas generales. En el caso del Código Penal Hondureño, se desprende que el legislador indica según el artículo *supra* transcrito, y de otros más, que los delitos pueden ser cometidos por acción, ó sea, el hecho de realizar positivamente un delito, o por omisión, por el hecho de dejar de hacer eso que constituye un delito penal y a lo que está obligado. Por lo que las dos modalidades serán delito, de tal manera que ambos, la comisión y la omisión, pueden perpetrarse dolosamente o culposamente. En el caso de la omisión culposa, podría estarse hablando de la situación de un salvavidas, que en su hora de trabajo, en vez de estar vigilando a los bañistas, se pone a ver la televisión, ahogándose un niño en la playa durante ese lapso.

El mencionado artículo 13 establece de forma clara los supuestos cuando el delito se comete con dolo y cuando se comete con culpa, cuando contiene la intención de cometer el ilícito, y cuando se debe saber que esa acción o esa omisión traerá como consecuencia la realización de un delito, que exista la posibilidad de que este se de, aceptando y ejecutando el hecho. De tal manera que esta norma, a pesar que por ningún lado menciona a la comisión por omisión, o indique que aquel que no impida un resultado responderá por éste de acuerdo a las circunstancias, pareciera que para el Código Hondureño la figura no le es del todo desconocida. Sin embargo, el Código no regula expresamente este tipo de normativa, por lo que considero que en este cuerpo legal existe un vacío, con respecto a este tema, que debe ser legislado y no limitarse a la analogía o remitirse a la doctrina.

El Código Penal de Honduras prevé disposiciones sobre las omisiones en los artículos 2-A, 2-C, 2-D, 13, 18, 23.2, 24.6-c, 25.2, 32, 34-A, 37, 109, 259 y 415.2. En relación con la comisión por omisión, aunque sin mencionarla, el artículo 32, refiriéndose a quienes pueden ser considera-

dos como «autores» de un delito, señala lo siguiente: «En los delitos por omisión, son autores los que dejan de hacer lo que la ley manda, causan la omisión o cooperan a ella». Por otro lado, en algunos casos, como en el delito de incendio culposo, el Código Penal Hondureño asimila la culpa a la omisión, al menos en la pena a imponer, en este sentido, el artículo 259 establece que «Si de la omisión o hecho culposo resultare la muerte de alguna persona, la reclusión será de dos a cinco años».

La omisión aparece regulada en las leyes penales en general de forma indirecta de tres maneras diferentes: existe en primer lugar un grupo de disposiciones en las cuales se sanciona la infracción de un deber de actuar, seguido o no de un resultado, son los llamados tipos de omisión propia o pura u originales; así denominados por su consagración expresa en la ley, en los cuáles como se vio, se castiga la simple infracción de un deber de actuar. Un ejemplo tradicional es la omisión de auxilio.

En segundo lugar se regula la omisión cuando se dan eventos en los cuáles se penaliza en una misma disposición legal, tanto la acción generadora de un resultado como la omisión de evitarlo, dando origen a una figura mixta: tipos de comisión y de omisión propia, contentivos tanto de una prohibición como de un mandato. Se incluye bajo una misma amenaza penal, tanto la realización de una acción positiva como la omisión de una acción determinada.

Finalmente, se encuentran mandatos no sancionados expresamente en la ley, cuya trasgresión se castiga acorde con el marco penal de los tipos de comisión, son los tipos de omisión impropios o de comisión por omisión, en los cuales la omisión se conecta con un determinado resultado prohibido, pero en el tipo legal concreto no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva.

Existen otras leyes penales en Honduras que contienen disposiciones sobre las omisiones, así vemos que la Ley Contra la Violencia Doméstica, en su artículo 5 numeral 1, define la violencia física como «Toda acción u omisión que produce un daño o menoscabo a la integridad corporal de la mujer; no tipificada como delito en el Código Penal». También define a la violencia psicológica (numeral 2) como «Toda acción u omisión cuyo propósito sea degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de la mujer por medio de la intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento, encierro o cualquier otra conducta u omisión que implique un perjuicio en el desarrollo integral o la autodeterminación de la mujer...». Similar redacción se establece en relación con la violencia patrimonial y/o económica⁵. Como se puede apreciar de la simple lectura de esos artículos, especialmente al intentar aplicarlos en referencia con las omisiones, se observa que son excesivamente genéricos, amplios, imprecisos e indeterminados, lo que permite que en su interpretación, con relativa facilidad, pueden conllevar a vulnerar derechos y principios, especialmente el de legalidad.

Otra disposición legal es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, convertido en Ley de la República

Hondureña⁶, el cual prevé, entre las formas de cooperación entre los Estados Partes, la obligación que existe entre dichos Estados, de cumplir con las solicitudes de asistencia que les formule la Corte. Entre esas obligaciones encontramos que «*La Corte podrá dar seguridades a los testigos o expertos que comparezcan ante ella de que no serán enjuiciados o detenidos ni se restringirá su libertad personal por un acto u omisión anterior a su salida del Estado requerido*»⁷. Disposición ésta para la protección de testigos y expertos, que constituye una eximente o exoneración de responsabilidad criminal, por acciones u omisiones cometidas, todo ello a cambio de que rindan sus testimonios.

En relación con los Derechos Humanos, el Decreto 523 del Jefe de Estado en Consejo de Ministros⁸, en su artículo 9 (principio de legalidad y de retroactividad), establece que «*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho aplicable...*»⁹.

En los delitos económicos también encontramos que en Honduras se tipifican ciertas omisiones y comisiones por omisión¹⁰, así vemos que en el artículo 394-A, el cual contempla los delitos financieros, se establece que las personas naturales o jurídicas, pueden, mediante acciones u omisiones, incurrir en alguna de las tipificaciones delictivas establecidas en ese capítulo. Castigando las acciones y las omisiones con penas de 12 a 15 años de reclusión, que les serán impuestas a los consejeros, directores, comisarios, gerentes u otras personas que hubieren participado a cualquier título en la dirección o administración de una institución supervisada declarada en liquidación forzosa o sometida al procedimiento extraordinario de capitalización, «*si en el desempeño de sus cargos hubieren ejecutado los actos o incurrido en algunas de las omisiones siguientes...*». Enumerando a continuación 11 posibilidades que pueden «provocar o aprovechar la liquidación forzosa o declaración del mecanismo extraordinario de capitalización», entre ellas, se menciona el haber reconocido deudas inexistentes, el simular enajenaciones, el haber comprometido los bienes en negocios propios, etc. Y en la posibilidad número 11, se señala expresamente como omisión delictiva, el que «*no registren en la contabilidad agotadas las instancias administrativas, las partidas de ajustes ordenados por la Comisión con el objeto de ocultar su verdadera situación financiera...*»¹¹.

Por ello, aunque la estructura del Código Penal Hondureño y de otras leyes penales, no regulan de forma clara y expresa este tipo de figura, enuncia sin embargo en numerosas disposiciones una cláusula general, aunque no indica la forma y el alcance con que debe penalizarse estos delitos, dejando así al juzgador que llene este vacío, utilizando para ello como base el mencionado artículo 13 y las demás normas antes señaladas, lo que no es lo más recomendable.

B) Constitucionalidad de la comisión por omisión

De conformidad con la legislación Hondureña, los delitos de comisión por omisión se fundamentan a partir del artículo 13 del Código Penal y de las demás normas antes mencionadas, que, como ya dijimos, es una cláusula general, que no puede usarse indiscriminadamente por analogía, por consiguiente, de la misma se determina que todos los delitos de acción y de resultado tipificados, tienen su correspondiente delito de comisión por omisión.

Los detractores de la comisión por omisión, señalan que la misma es violatoria del principio de legalidad, ya que este principio establece que nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió el hecho, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella.

Este tipo de Cláusulas han recibido varias críticas, ya que la cláusula general normalmente renuncia a mencionar con carácter exhaustivo, los criterios materiales que fundamentan la equiparación entre la no evitación de un resultado típico y su causación activa. Por ejemplo, en el tantas veces citado artículo 13 del Código Penal Hondureño, se señalan dos criterios materiales, el tener la posibilidad de impedir el resultado, según las circunstancias, y el tener el deber jurídico de evitar el resultado. Así, la equivalencia queda remitida a la apreciación judicial. Es por esto que se indica, que los delitos de comisión por omisión son una de las fuentes más importantes de expansión de la manifestación punitiva de difícil control, lo que puede poner en entredicho el principio de mínima intervención del derecho penal, por lo que si el legislador quiere tutelar este tipo de delitos debería hacerlo de forma clara, precisa y expresa, de manera que permita su aplicación a cada tipo penal especial. Pero es contrario a derecho y a la seguridad de una nación, condenar y restringir la libertad de un ciudadano sin la existencia de una normativa expresa y bien definida.

Quizás por ello JESCHECK señala que la comisión por omisión no ha satisfecho aún por completo el mandato de determinación, aunque se haya especificado que el deber de actuar, que determina la obligación de evitar el resultado, ha de constituir un deber jurídico (y no solo moral), y que en los delitos de resultado, dotados de especiales elementos de acción, debe examinarse además, si la omisión equivale a la realización del tipo legal por un hacer. Para el cumplimiento del mandato de determinación falta todavía, por una parte, la más precisa delimitación de aquellas posiciones de garante de las cuáles se deduce el deber de evitar el resultado, y, por otra parte, la caracterización de las circunstancias a que debe referirse la comprobación de la equivalencia.

C) La posición de garante en delitos de comisión por omisión

Si bien es cierto que el Código Penal Hondureño tampoco indica que debe entenderse por garante, ni remite a

las fuentes correspondientes, la posición de garante puede ser determinada por el hecho de que, por una parte, una persona esté llamada a ocupar un puesto con el fin de proteger un bien jurídico en contra de toda agresión, cualesquiera que fuera la dirección de la que esta provenga, y por la otra, cuando ella esté llamada a vigilar una fuente determinada de peligro, siendo indiferente los bienes jurídicos concretos que puedan resultar puestos en peligro por esta fuente. Al respecto, la doctrina coincide en cuanto a las dos situaciones de las cuáles surge la posición de garante: 1. La posición de garante emanada de un deber de protección de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo, es decir, en donde el omitente tiene a su cargo la protección de un bien jurídico. Estos deberes son indudables cuando se tiene el cuidado de personas necesitadas, por ejemplo: el caso del niño que se encuentra al cuidado de la niñera. También se identifica un deber de protección que genera la posición de garante entre familiares cercanos y en los casos de convivencia, en las situaciones en que el peligro amenace a la vida e integridad corporal. 2. La posición de garante emanada de un deber de cuidado de una fuente de peligro, esta segunda categoría corresponde a aquellos casos en los cuáles el omitente ha asumido una garantía de seguridad respecto a las fuentes de peligro que tiene bajo control.

D) La tentativa y la coautoría en los delitos de omisión en general

Se indica por parte en la doctrina, que en los delitos propios de omisión, que son delitos omisivos de actividad, no es pensable la tentativa, pues la omisión se consuma con la representación del autor de tener que realizar la obligación en que consiste la acción omitida. De modo que si el autor no realiza la acción que manda su obligación, en el lapso de tiempo que tiene para cumplirla exitosamente, existe delito consumado¹².

Diferente a lo anterior es el caso de la comisión por omisión, en los cuáles la tentativa es posible. En los delitos de omisión impropia no hay momento comparable a realizar actos directamente a su consumación, ni hay que ponerse a realizar un comportamiento activo. Sin embargo, suponiendo que se trata de un garante que no impidió el resultado, pudiendo hacerlo, y dado que es posible la realización del tipo penal mediante omisión, la tentativa también es posible. La tentativa en un delito de comisión por omisión empieza cuando el orden jurídico de modo actual le exige al garante que no incumpla su obligación de garante permaneciendo inactivo.

En la tentativa del delito de comisión por omisión puede distinguirse entre tentativa inconclusa y tentativa terminada. Inconclusa es la tentativa cuando el autor cree que aún puede recuperar (o realizar) la acción omitida. Terminada es la tentativa cuando el autor, según su representación, cree que no puede recuperar el tiempo perdido, para impedir el resultado¹³.

Con respecto a la figura de la coautoría, esta requiere de dos elementos esenciales, por una parte, la realización común de un hecho, en el entramado de la concreción de la voluntad común e ideación del plan general para la realización del mismo, se cuenta así con la necesaria división del trabajo, la cuál permite apreciar el elemento identificador de la coautoría, el co-dominio del hecho. Partiendo de este esquema, resulta claro que la generación de un proceder omisivo, como podría ser, en el caso de la omisión simultánea, aunque no conjunta, de varios sujetos a los cuáles se dirige la obligación de evitación del resultado, no podrá generar mas que individuales autorías a los intervinientes, sin posibilidad de admitir en forma alguna, la coautoría. La omisión no da más que para pensar en autoría. Sólo en algunos casos, podría admitirse la figura de la participación-complicidad o cooperación necesaria-por omisión en un hecho comisivo-positivo, pero no la coautoría¹⁴.

CONCLUSIÓN

La comisión por omisión es uno de los temas más interesantes en la doctrina, desgraciadamente las legislaciones de la mayoría de los países no le han dado el trato debido y adecuado, su importancia es suprema al permitir sancionar e imponer una pena a aquellos que, teniendo el deber de realizar una acción determinada y encontrándose en una posición de garantes, no lo hacen. En mi criterio, considero que este tema debe ser legislado puntual y claramente en cada cuerpo legal. En el caso de Honduras, me parece de suma importancia que por parte del legislador se incluya una cláusula general que determine la pena de los delitos de comisión por omisión, no me parece conveniente, ya que transgrede el principio de legalidad, el hecho de aplicar la analogía o de suplir con la doctrina esta laguna. Debe por tanto incluirse una norma que regule cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, donde aquel que no impida el resultado ilícito, deberá responder penalmente, si podía evitarlo, de acuerdo con las circunstancias del hecho.

De igual manera, es importante establecer legalmente las fuentes que indiquen claramente quien puede ser considerado garante y, eventualmente, autor del hecho punible, así como el por qué es garante, en que sentido se le considera así y bajo cuales circunstancias específicas, para que el juzgador pueda aplicar únicamente el tipo y no llenar los vacíos legales a su conveniencia, saber y entender, que es lo que ocurre en la actualidad por no existir la normativa que señale quién y en cuáles casos puede considerarse garante.

Notas:

1. VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2004. pág. 329.

2. FERRÉ, Juan Carlos, y otros autores, *Lecciones de Derecho Penal*, Editorial Praxis, Madrid, 1999.

3. MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal*, Editorial Astrea, Tomo I, 1994, Buenos Aires, 687 p.

4. *Código Penal Hondureño*, segunda edición, Tegucigalpa, Honduras, O.I.M. editorial S. de R.L. de C.V. p. 209.

5. Este Artículo 5 fue reformado por el Decreto n.º 250-2005, publicado en *La Gaceta* n.º 30.950 del sábado 11 de marzo de 2006.

6. Decreto n.º 236-2002.

7. Artículo 93.

8. Tegucigalpa, 22-11-76. Publicado en el *Diario Oficial La Gaceta* n.º 22.287 de fecha 01-09-77.

9. Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22-11-69.

10. Delitos financieros y sus penas. Decreto n.º 194-2004. Reforma del Libro Segundo del Código Penal. Título XIV. Intermediación financiera.

11. Ver el artículo 394 C.

12. ZAFFARONI, Eugenio, *Derecho Penal General*, Ediciones Temis, Buenos Aires, 2002, p. 1080.

13. CASTILLO GONZÁLES, Francisco, *Autoría y participación en el Derecho Penal*, 1.ª ed. San José, Costa Rica, editorial Jurídica Continental, 2006, 608 p.

14. CHINCHILLA SANDI, Carlos, *Autor y Coautor en el Derecho Penal, parte general*, 1.ª ed. editorial EJC, San José Costa Rica, 2004, 271p.

Italia*

Dr. Luca Ramponi

Universidad de Módena y Reggio Emilia

1. Introducción. El delito de omisión impropia, o de comisión por omisión, se halla regulado expresamente en el Código penal de 1930, actualmente en vigor, en su art. 40.2: «no impedir un resultado, que se tiene el deber jurídico de impedir, equivale a ocasionarlo». En realidad, esta definición completa la definición de nexo de causalidad entre la acción o la omisión y el resultado típico contenida en el párrafo anterior a éste, e introduce una explícita cláusula de equivalencia entre el no impedir un resultado y su causación positiva. El presupuesto que la ley requiere para que la no evitación del resultado sea equiparable, en términos de desvalor, a la realización por comisión es la titularidad, en la persona del autor, de un deber jurídico de impedir el resultado.

La presencia de esta disposición ha desplegado su influencia incluso sobre los criterios doctrinales de clasificación de los delitos de omisión propios e impropios. El criterio tradicional se apoya en la existencia o no de un resultado en términos naturalistas [ROMANO], de manera que, mientras que los delitos de omisión propia corresponderían a los delitos de mera actividad, los delitos de omisión impropia constituirían el equivalente omisivo

de los delitos de resultado. Sin embargo, no han faltado autores que han subrayado la relevancia del resultado también en las omisiones propias [GRISPIGNI; CADOPPI], hablando de delitos de omisión de resultado o de no-resultado como elemento esencial de tales tipologías criminosas. Buena parte de la doctrina más reciente ha preferido una definición del delito de omisión impropia basada en la técnica de tipificación del tipo penal. Según esta última posición se puede definir como delito omisivo propio todo el directamente configurado como tal en tipos penales específicos de la parte especial. Por el contrario, son delitos de comisión por omisión aquéllos obtenidos mediante la conversión en forma omisiva de tipos penales que, originariamente, incriminaban comportamientos positivos [FIANDACA; GRASSO]. De la integración del artículo 40.2 con los tipos penales específicos de la parte especial, se obtiene, por tanto, la transformación de las correspondientes normas de prohibición en normas de deber. Es decir, surgen una serie de nuevos tipos penales autónomos, que no constituyen una mera forma de manifestación del delito de acción [FIANDACA-MUSCO; *contra* RISICATO].

2. El ámbito de aplicación del art. 40.2. La norma del Código penal tiene un alcance general, pero no define su ámbito de aplicación. La definición de la tipología de delitos susceptibles de conversión es fruto de la elaboración doctrinal y jurisprudencial. El ámbito privilegiado de aplicación del art. 40.2 lo constituye sin duda alguna los tipos penales de resultado sin descripción de la conducta típica, es decir, resultativos, cuyo desvalor se centra en la realización de un resultado lesivo del bien jurídico protegido. Dado que la norma no realiza ninguna distinción, queda aislada la posición doctrinal que quisiera limitar ulteriormente su alcance a los delitos que protegen únicamente bienes jurídicos de rango elevado, como la vida o la incolumidad personal y colectiva [FIANDACA, *contra* ROMANO; GRASSO].

Se retiene pacífica la incompatibilidad estructural con los delitos de mera actividad, los expresivos de habitualidad y los de propia mano. El debate se presenta más articulado en el caso de algunos delitos de resultado de medios determinados, como el «favoreggiamento personale» (art. 378 CP, encubrimiento en su variante de encubrimiento de persona), o la estafa (art. 640 CP). La jurisprudencia tiende a admitir su realización incluso en forma omisiva [C. 23-10-2002, *CED* 222323; C. 12-6-2003, *CED* 225482]. La doctrina, al menos en lo que se refiere a los casos de realización monosubjetiva, está decididamente en contra. Efectivamente, no puede haber equiparación alguna entre el no impedir el resultado y el causarlo con una conducta típica determinada que encierra en sí el desvalor de conducta que el legislador ha querido tener ya en cuenta [FIANDACA-MUSCO; ROMANO; SANTA-MARIA].

Por último, también es muy discutido el papel del art. 40.2 en el ámbito de la coautoría. Se trata de individuar los límites dentro de los que un sujeto puede responder pe-

nalmente por no impedir un delito cometido por otras personas. Según una parte de la doctrina, la disposición que estamos tratando no podría tener un ámbito de aplicación más amplio en el caso de realización plurisubjetiva de un delito: su alcance permanecería en todo caso limitado a los delitos de resultado resultativos. Una distinta opción hermenéutica se mantendría en pie, en realidad, únicamente por preocupaciones político-criminales orientadas a finalidades de prevención general.

Por el contrario, la doctrina mayoritaria y la totalidad de la jurisprudencia [C. 17-3-1998, *CED 209949*; C. 1-9-1999, *CED 214301*; C. 26-10-1999, *CED 215078*] admiten la participación por omisión en cualquier ilícito penal, prescindiendo de la ausencia o presencia de un resultado en términos naturalistas. El art. 110 CP, en el ámbito de la regulación unitaria de la coautoría, utiliza el criterio causal en la selección de las contribuciones concurrentes jurídicamente relevantes: es punible toda conducta que haya tenido una eficacia condicionante respecto a la realización del delito. Dado que para el art. 40.2 el no impedir el resultado equivale a ocasionarlo, la consecuencia es que el no impedir un delito, por parte del titular de la posición de garante, constituye una participación punible. El resultado vendrá representado en este caso por el delito no impedido [GRASSO; PAGLIARO; SANTAMARIA]. La doctrina más reciente ha querido distinguir los casos en que el titular de la posición de garante dispone del poder y el deber de influir sobre la conducta ilícita ajena, de aquéllas en que tiene como única posibilidad y obligación las de impedir la realización del resultado: el primer caso se podría reconducir a una participación del art. 110 ss. CP, mientras que el segundo caso representaría un caso ordinario de omisión impropia monosubjetiva [RISICATO; BISORI].

3. Las fuentes del deber jurídico de impedir el resultado. El art. 40.2 no proporciona ningún criterio selectivo para la selección de los deberes de impedir. La única indicación a este propósito es que debe tratarse de deberes jurídicos. La doctrina tradicional adhería a la llamada teoría formal del deber. La situación típica de deber se individuaba en base a la fuente formal que le otorga relevancia jurídica. Las fuentes se podían reconducir a tres tipos fundamentales: la ley, el contrato y la previa acción peligrosa [ANTOLISEI; GRISPIGNI; BETTIOL-PETTOLO MANTOVANI].

La doctrina más reciente, sin embargo, ha criticado la posición tradicional, ya que: a) la consideración de la previa acción peligrosa como fuente jurídica es contradictoria; b) se da excesiva relevancia a la validez formal del factor que genera el deber, sin considerar el contenido sustancial y material del mismo; c) en definitiva, no consigue distinguir los deberes del art. 40.2 de cualquier otro deber de intervenir de fuente extrapenal [ROMANO; FIANDACA-MUSCO].

Actualmente la doctrina acoge una posición de tipo funcional que tiende a identificar el contenido del deber jurídico de impedir recurriendo al concepto, inspirado en la

elaboración de la literatura alemana, de la posición de garantía. En el ámbito de este filón interpretativo, se pueden observar posiciones diferenciadas.

Algunos han querido sustituir totalmente el criterio funcional al jurídico formal. Los deberes relevantes deberían en este caso identificarse en base a su finalidad de prevención de resultados lesivos o peligrosos. Habría que distinguir entre una fenomenología abstracta de funcionalización de un interés jurídico a otro, lo que sucedería en base a la ley o la Constitución, y una fenomenología concreta de individuación del sujeto garante, que se realizaría en base a una norma cualquiera, prescindiendo de su fuente. No habría entonces diferencia alguna entre los deberes de prevención del art. 43.3 y los de garantía del art. 40.2 [SGUBBI].

Otros autores han encontrado el fundamento de la posición de garantía en la necesidad de asegurar una especial protección a determinados bienes jurídicos, dada la incapacidad de los titulares de tutelarlos adecuadamente. La atribución a sujetos específicos, distintos de los titulares de los intereses protegidos, de especiales deberes de salvaguarda, se justifica de su particular posición de señoría sobre el proceso causal idóneo para determinar el resultado lesivo. Sería la subsistencia de tal vínculo específico la que justificaría la equiparación del no impedir a la causación efectiva del resultado [FIANDACA; FIANDACA-MUSCO].

Por último, una tesis intermedia define la posición de garantía como una situación de hecho normativamente cualificada. Propone una conciliación entre el criterio formal, de verificación de la existencia de una válida fuente, y el sustancial, tendente a verificar si el deber encierra un contenido de posición de garantía. Bajo el primer aspecto, las fuentes extrapenales integran, como elementos normativos, a través del art. 40.2, los tipos penales de delitos causalmente orientados (de resultado). Por ello se debe tratar de normas legales, salvo los casos admitidos por la jurisprudencia constitucional a la reserva absoluta. Esto tiene reflejos bien precisos sobre la regulación del error: el error sobre el sustrato factual o jurídico de la posición de garantía constituirá un error sobre el hecho, relevante según el art. 47.1 o 47.3; mientras que el error sobre la fuente normativa, que atribuye relevancia penal a la posición de garante, constituye un error sobre el precepto del art. 5 CP [GRASSO; ROMANO; dubitativamente GIUNTA (B)].

Bajo el segundo aspecto se ponen de relieve las características que denotan el deber jurídico como posición de garantía: la incapacidad del titular del bien de protegerlo autónomamente, la especialidad del deber, la puesta en manos del garante del bien o de la fuente de peligro, la inmediatez de la protección. Estas características sirven para distinguir las verdaderas posiciones de garantía de los meros deberes de intervención o de vigilancia. Éstos últimos podrán tener relevancia penal en cuanto subsumidos en tipos omisivos propios, o bien si fundamentan deberes

de diligencia o precaución en el ámbito del delito culposo [LEONCINI; MANTOVANI].

La imposición de la teoría funcional o de contenido ha comportado una mutación en la clasificación sistemática de las posiciones de garantía. Actualmente la doctrina [y parte de la jurisprudencia: Cass. 7-4-2004, CED 228927] distingue entre: a) posiciones de protección de bienes jurídicos determinados: el garante está obligado a salvaguardar un determinado bien de cualquier tipo de agresión; b) posiciones de control: el garante está obligado a vigilar una determinada fuente de peligro, impidiendo que ésta pueda ocasionar resultados dañosos o peligrosos para terceros [ROMANO; SANTAMARIA; MANTOVANI; LEONCINI]; c) deber de impedir delitos cometidos por otros: según parte de la doctrina merecerían una mención autónoma [GRASSO], mientras que según la opinión mayoritaria se deberían reconducir a los deberes de control.

Por el contrario, la literatura más reciente rechaza cualquier tipo de responsabilidad fundada en la teoría de la injerencia, ya que: a) la anterior acción antijurídica del agente sólo puede generar una obligación de limitar las consecuencias posteriores, con la finalidad de obtener una disminución de la penal según el art. 62.6 o 54.4; b) acoger esta teoría sería contrario a la normativa de la especial omisión de socorro del art. 189 del código de circulación; c) El recurso a esta teoría es, en muchos casos, inútil, ya que la responsabilidad puede fundarse, en realidad, en la titularidad actual del control de una fuente de peligro; d) en los delitos dolosos la teoría tiene un fuerte sabor a la idea del *versari in re illicita*, justificando la punibilidad del *delus subsequens* [GRASSO; ROMANO; LEONCINI].

4. La causalidad de la omisión y su distinción de la causalidad en la acción. Doctrina autorizada, en mérito al art. 40.1, para el que el resultado debe ser consecuencia de la acción o de la omisión, ha sostenido que el concepto penalmente relevante de causa es idéntico en el delito de acción que en el de omisión impropia, y coincide con la noción de condición necesaria. Se entendía superada la idea de la causalidad como empleo de energía o fuerza, identificando por el contrario las entidades que entran en la relación causal como procesos o resultados, no sólo dinámicos sino también estáticos como la omisión. La omisión sería, en otras palabras, una condición estática del resultado [STELLA (A)].

Sin embargo, según la doctrina mayoritaria, la causalidad en los delitos de omisión impropia se distingue netamente de la de los delitos de acción. Mientras que para los primeros se trata de comprobar un nexo de condicionamiento entre entidades reales del mundo externo, la acción y el resultado, en los segundos nos hallamos en presencia de una conducta naturalistamente constituida por un *no hacer* y relevante exclusivamente en el plano normativo [GRISPIGNI]. De modo que el nexo entre la omisión y el resultado vendría representado por un equivalente típico, o normativo, de la causalidad [Grasso; Mantovani]. La comprobación de la causalidad omisiva procede a través de un juicio contrafactual, de tipo hi-

potético o de pronóstico, sobre cómo la acción omitida habría modificado el curso de los acontecimientos impidiendo la realización del resultado. El modelo explicativo permanece de todos modos idéntico, y se fundamenta en la teoría condicional, integrada por la subsunción en leyes científicas [PALIERO; FIANDACA-MUSCO].

El carácter hipotético del nexo condicional entre la omisión y el resultado ha conducido a la jurisprudencia, en el pasado, a aplicar un canon de certeza probatoria inferior respecto al que opera en el campo del delito de acción, principalmente en los sectores de la responsabilidad médica y en la de los accidentes de trabajo. Se entendía suficiente comprobar que la conducta debida hubiera tenido buenas, o al menos mínimas, posibilidades de impedir el resultado infausto, mediante la utilización de leyes estadísticas con coeficientes de confirmación medio-bajos. Efectivamente, se hacía referencia a la teoría del aumento del riesgo, afirmando la responsabilidad si a causa de la omisión hubiera aumentado el riesgo, o no hubiese disminuido el riesgo del resultado [C. 12-7-1991, en *Foro it.*, 1992, 363; C. 1-9-1998, en *Cass. pen.*, 2000, 1183].

Tras las críticas de la doctrina, que alegaba la violación del principio procesal del *in dubio pro reo*, la transformación de los delitos de lesión en delitos de peligro y la degradación del resultado a mera condición objetiva de punibilidad [STELLA (B), DONINI (A)], la orientación jurisprudencial se ha visto superada mediante el pleno del tribunal supremo (Sezioni Unite della Cassazione) en el año 2002 [Sez. Un. 10-7-2002, en *Foro it.*, 2002, 608]. El alto tribunal ha afirmado que la comprobación del nexo causal debe responder a los mismos criterios de prueba sea en el caso de causalidad activa que en el de causalidad omisiva; y no menos importante, el nivel de certeza requerido no se corresponde con el porcentaje estadístico de confirmación de la ley de cobertura, sino que viene representado por un elevado grado de probabilidad lógica y de credibilidad racional. Por este motivo, no es significativa la causalidad *ex ante* considerada en modo aislado, correspondiente al coeficiente estadístico de la ley de cobertura, pero sí es imprescindible comprobar la causalidad *ex post*, en concreto excluyendo la operatividad de cursos causales alternativos (*exceptio ex pluribus causis*) [C. 25-5-2006, en *Cass. pen.*, 2006, 2393].

A pesar de ello, el debate doctrinal aún no se ha apagado, ya que mientras que algunos autores concuerdan sustancialmente con el pleno del tribunal supremo [DONINI (A); NAPPI], otros continúan identificando el alto grado de credibilidad racional con el coeficiente de probabilidad de la ley científica [STELLA (C)]; otros, por último, dudan de la posibilidad de utilizar la exclusión de los cursos causales alternativos en función de la corroboración probatoria, en el ámbito, totalmente hipotético, de la causalidad omisiva [MASERA; BARTOLI].

5. El debate actual entre causalidad omisiva y causalidad de la culpa. La tendencia más reciente de la jurisprudencia se dirige a superponer el plano de la causalidad de la conducta omisiva con el del juicio de inevitabilidad,

propio de la imprudencia, también comitiva, fundado sobre el modelo del comportamiento alternativo lícito. Se transforman, de hecho, muchos casos de delito culposo de acción en otros tantos delitos de omisión impropia [Cass. 15-11-2005, n° 3380, en *Cass. pen.*, 2007, 2793].

Del mismo modo, parte de la doctrina, considerando la naturaleza normativa de la culpa y poniendo de relieve que el art. 43 define en términos causales la relación entre imprudencia y resultado, sostiene que el juicio de evitabilidad en la imprudencia responde a las mismas exigencias de la comprobación de la causalidad omisiva. En consecuencia, deberían aplicársele los mismos cánones de certeza de la prueba. En cualquier caso, se trataría siempre de demostrar, con certeza absoluta, si la conducta debida a raíz de una obligación de contenido preventivo habría concretamente impedido la verificación del resultado [EUSEBI; SGUBBI].

Por el contrario, otra doctrina mantiene la distinción entre los casos en que el agente ha interpuesto una condición positiva del resultado, violando una norma de prohibición, y aquellos otros casos en que ha interpuesto una mera condición negativa, violando una norma de obligación. En el primer caso, el juicio de evitabilidad de la culpa se efectúa, en un momento lógicamente posterior, sobre una conducta de la que ya se ha comprobado la naturaleza causal respecto del resultado. Por tanto el juicio de evitabilidad consiente aperturas más consistentes a la teoría del aumento del riesgo, si bien se requiere que el comportamiento alternativo diligente presente probabilidades de evitar el resultado mayores al 50%, respecto del efectivamente adoptado, (criterio del «es más probable que no») [DONINI (A) (B); VENEZIANI]. Sólo de este modo sigue siendo posible salvar la relevancia, para la imputación subjetiva culposa, de las reglas cautelares impropias (capaces, no de eliminar, sino sólo de disminuir el riesgo [VENEZIANI]. En el segundo caso, por el contrario, es imposible tener efectivamente separados la comprobación de la evitabilidad, que es propio de la responsabilidad culposa, de la demostración de la causalidad, como fundamento mínimo de una responsabilidad por el propio hecho. El aumento del riesgo, cuando se acoja en tales casos, sustituiría al nexo causal entre conducta y resultado [DONINI (B); ROMANO].

Por otra parte, en las omisiones impropias culposas es más que posible una distinción entre deber de diligencia y deber de garantía, aunque el primero contribuye a definir el contenido del otro. Efectivamente, como ya se ha visto (v. párr. 3), las normas a las que reenvía el art. 40.2 se convierten en prescriptivas al mismo nivel de la misma norma penal, consintiendo la conversión en normas de prohibición. Por el contrario, las reglas cautelares a las que reenvía el art. 43.3, son normas instrumentales o técnicas, que acceden al desarrollo de una actividad lícita [Giunta (A); Nappi].

Bibliografía: ANTOLISEI, «L'obbligo di impedire l'evento», en *R. it. dir. pen.*, 1936, 121; BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale P.G.*, Padova,

1986; BISORI, «L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane», en *RIDPP*, 1997, 1365; CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988; DONINI (A), «La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio», en *RIDPP*, 1999, 32; DONINI (B), *Imputazione oggettiva dell'evento. Nesso di rischio e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006; EUSEBI, «Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato», en *RIDPP*, 2000, 1053; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale P.G.*, Bologna, 2007; GIUNTA (A), *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I-La fattispecie*, Padova, 1993; GIUNTA (B), «La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria», en *DPP*, 1999, 620; GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, 2. ed., Milano, 1947; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; MANTOVANI, *Diritto penale P.G.*, Padova, 2007; MASERA, «Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva», en *DPP*, 2006, 493; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003; PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, en *R. it. med. leg.*, 1992, 824; NAPPI, «Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo», en *Cass. pen.*, 2004, 4298; ROMANO, *Commentario Sistematico del Codice penale*, I, Milano, 2004; RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001; SANTAMARIA, «Art. 40», en *Codice Penale Commentato*, Milano, 2006; SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975; STELLA (A), «La nozione penalmente rilevante di causa», en *RIDPP*, 1988, 1265; STELLA (B), *Giustizia e modernità*, Torino, 2003; STELLA (C), «Causalità omissiva, probabilità, giudizi contro fattuali. L'attività medico chirurgica», en *Cass. pen.*, 2005, 1062; VENEZIANI, *Regole cautelari proprie e improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003.

Notas:

* Traducción de María José Pifarré de Moner.

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán

Profesor de Derecho Penal

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

El 13 de noviembre del 2007 la Asamblea Nacional aprobó el Proyecto de Código Penal (en adelante PCP).

Sin perjuicio del proceso de formación de ley que debe continuar (sanción, veto, promulgación y publicación), el país, podríamos decir, que cuenta con un nuevo texto punitivo que, según la disposición transitoria, entrará en vigencia sesenta días después de su publicación en *La Gaceta*, Diario Oficial.

Con la aprobación del Proyecto, se abandona el Código penal vigente de 1974 (en adelante Pn), cuyo prototipo es el español de 1870. Esto no quiere decir que el Derecho penal español ha dejado de tener influencia en el presente Proyecto aprobado, lo sigue teniendo, de hecho se fundamenta en el Código penal de 1995 y sus diferentes reformas como otras que en el hemisferio se han llevado a cabo, incluyendo lo positivo y también, sus desaciertos. No obstante, y a pesar de lo dicho, el documento presenta un avance significativo para la dogmática del Derecho penal nicaragüense y de la región centroamericana. En este sentido, el Código penal decimonónico dice adiós y da paso a una forma más segura de resolver los problemas o casos de naturaleza penal de la vida cotidiana del país y de los que le región enfrenta en el ámbito del crimen organizado.

El Código penal (aún) vigente significó para su contexto histórico un significativo desarrollo conceptual, sin perjuicio de que estuviera, en buena medida, basado en la responsabilidad objetiva. En este sentido, en dicho texto, planteaba, primero, los elementos esenciales del delito: acción, tipicidad, antijuridicidad y, con menos precisión, la culpabilidad. Segundo, se deriva en reglas de presunción de voluntariedad (Art. 3 Pn) y el tipo de *error in persona o de aberratio* (Art. 5 Pn). Por otra parte, los delitos o faltas puramente militares y los demás que estuvieren penados por leyes o reglamentos especiales no estaban sujetos a las reglas del Pn (Art. 11 Pn).

La definición que establece el Pn del delito no es idéntica al concepto doctrinal, sin embargo, como expresa LUZÓN PEÑA, varios elementos del concepto teórico del delito están reflejados aún con otras palabras en la definición legal. En efecto, «acciones y omisiones» designan el elemento básico de la acción o conducta en sus modalidades activa y pasiva. La expresión «penadas por la ley» implica en primer lugar, la tipicidad como descripción legal de la conducta y por otra, si se entiende que las penas abstractamente por la ley son las acciones, las conductas, con independencia de que se sancione o no al sujeto en el caso concreto, significa también penalmente (típicamente) antijurídicas, esto es, acciones desvaloradas y prohibidas de modo general por la ley penal.

En cambio, no parece que el concepto de delito que expresa el Pn, recoja la exigencia de culpabilidad, a no ser que se interprete que «penadas por la ley» significa también que la acción sea en concreto punible en vista de las condiciones del sujeto, lo que parece admisible, ya que entonces, más que de acciones penadas por la ley, que denota idea de previsión legal general, debería hablarse de acciones legalmente prevista y susceptibles de ser judicialmente penadas o castigadas, es decir, en el caso indi-

vidual. En definitiva el concepto de delito del Código penal no incluye la culpabilidad, a diferencia del PCP que establece el principio de culpabilidad y en el error de prohibición.

Aunque se podría contraargumentar, manifiesta LUZÓN PEÑA, como hacen algunos, que tal concepto puede ser completado con la exigencia de culpabilidad que se desprende, aunque fragmentariamente, de la exención en los casos de inimputabilidad e inexigibilidad individual, y el de error de prohibición invencible, lo cierto es que la interpretación más acorde con la posición legal parece la contraria. Pues reconoce que el inimputable, pese a ser inculpable, comete un «delito», y que otros inimputables, el menor de edad, comete «un hecho penado por la ley»; se limitan a declarar excluido de responsabilidad penal, el miedo insuperable y el error de prohibición invencible, lo que en coherencia con lo anterior puede perfectamente entenderse como que el sujeto no es penalmente responsable del delito o hecho penado por la ley que ha cometido.

Para el profesor MIR PUIG, los términos «delito», «falta», «acción penada por la ley», «hecho» o «infracción», éstos equivalen a acción típica y antijurídica, que, aunque no dé lugar a pena por no ser culpable o personalmente punible, sí puede acarrear medidas de seguridad y responsabilidad civil. LUZÓN PEÑA señala que ello es coherente con el hecho de que también doctrinalmente se maneja una doble acepción de delito con o sin culpabilidad según se utilice como presupuesto de la pena o de las medidas de seguridad. Pero incluso cuando se trata de la imposición de una pena puede entenderse la exigencia de un doble presupuesto: el delito y la culpabilidad como requisito mixto entre el sujeto y el hecho, o sea, como culpabilidad del sujeto en relación con ese hecho delictivo.

En el caso de la omisión, el Pn la indicaba en la proclama del principio de legalidad, a saber toda *acción u omisión* calificada y penada por la ley constituye delito o falta, según su gravedad (Art. 1 Pn), y no contemplaba una regulación para la comisión por omisión. El único pasaje del texto lo encontramos bajo el Título II de las personas responsables de los delitos y las faltas, Capítulo I, de la responsabilidad criminal, en la disposición que expresa que los *en los delitos de omisión se consideran responsables las personas que dejan de hacer lo que manda la ley* (Art. 25 Pn, reformado por el Art. 1 de la Ley 419/2002, Ley de Reforma y Adición al Código Penal de la República de Nicaragua).

Por su parte, el PCP, establece en el artículo 23 la *omisión y comisión por omisión*. El texto de la disposición expresa, primero, que «los delitos o faltas pueden ser realizados por acción u omisión. Aquellos que consistan en la producción de un resultado, podrán entenderse realizados por omisión sólo cuando el no evitarlo infrinja un especial deber jurídico del autor y equivalga, según el sentido estricto de la ley, a causar el resultado». En segundo, en «aquellas omisiones que, pese a infringir su autor un deber jurídico especial, no

lleguen a equivaler a la causación activa del resultado, se impondrá la pena agravada hasta el doble del límite máximo de la del delito omisivo. No obstante, dicha pena no podrá superar en ningún caso el límite mínimo de la pena asignada al delito de resultado que correspondería aplicar si hubiera comisión por omisión».

Para el tema de la comisión por omisión, debido, como expresa CHIRINO SÁNCHEZ, a la mayor amplitud prohibitiva de esa formulación, limita el círculo de autores a quienes se hallan en una particular relación jurídica que se considera fuente de obligación en una situación típica, que se conoce usualmente como «posición de garante». Las omisiones impropias o la comisión por omisión no están, como dice el citado autor, expresamente previstas en el ordenamiento jurídico, salvo por la vinculación expresa que se suele incluir en la Parte General del Código donde se estipula que los hechos punibles: «... podrán entenderse realizados por omisión sólo cuando el no evitarlo infrinja un especial deber jurídico del autor y equivalga, según el sentido estricto de la ley, a causar el resultado». No se trata más que de la designación del deber jurídico a partir de una norma preceptiva que impone una actuación que no ha de omitirse, y que esta posición estaría señalada para un sujeto activo que tiene, en las circunstancias específicas del hecho, ese deber de actuar. Es por ello que en doctrina se dice que, en estos casos, el nexo de los delitos de omisión no es un nexo de causación sino uno de evitación. Es decir, que el sujeto lo que debe de hacer es evitar que la causalidad preexistente ocasione el resultado típico. El sujeto que encuentra a alguien en peligro de ahogarse, y no hace nada por evitarlo, sin riesgo personal, estaría, por ello, ocasionando la muerte al no evitarla, finaliza acotando el profesor del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica.

Así, y siguiendo el planteamiento del profesor CHIRINO, en una omisión impropia lo que se exige al sujeto es que actúe para evitar un resultado, vinculándolo a un resultado porque no hizo lo que el competía hacer según las circunstancias, la pena, por ello no estaría prevista para su omisión sino solo para el caso de haber realizado activamente un hecho delictivo. Sin embargo, estas objeciones pueden rechazarse diciendo que la fórmula general prevista en el artículo 24 del Código Penal Nicaragüense cumplen con los requisitos de legalidad que se echan de menos. Principalmente porque la omisión impropia solo puede ser reprochada a quien tenía el deber jurídico de evitar acorde con el ordenamiento jurídico, y frente a una situación donde le era posible evitar el resultado de una causalidad que él no ocasionó. Esto es, la vinculación a la tipicidad activa, dolosa o imprudente, salva el compromiso de legalidad, y permite observar el actuar de los seres humanos en toda su complejidad, no sólo realizando hechos directamente sino también no evitándolos.

Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope

Catedrático de Derecho

Universidad de Panamá

carlos.munozpope@cableonda.net

I. Introducción

El tema de la regulación de la comisión por omisión en el Código Penal panameño es cuestión de significativa importancia, pero la misma ha pasado en gran medida de forma desapercibida por la doctrina patria y los tribunales de justicia hasta fechas muy recientes cuando el mismo adquirió relevancia.

Siguiendo las orientaciones de la doctrina que inspiró en su momento los trabajos de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica el profesor Aristides ROYO, redactor del Proyecto de Código Penal de 1970, texto que sirvió de base para la discusión y sobre el cual se aprobó en 1982 el Código Penal vigente, propuso una fórmula que consagraba en el artículo 20 de su Proyecto la regulación de la forma del hecho punible.

En efecto, el citado artículo proponía en dos párrafos distintos que «El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión». «Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias y si debía jurídicamente evitarlo». Dicha fórmula seguía el texto del artículo 12 del Código Penal Tipo ya citado.

En la Comisión Revisora del Proyecto de 1970 se modificó la versión de la norma contenida en el artículo 20 del Proyecto Royo, cuya versión final quedó tal como está redactado el actual artículo 17 del Código vigente, cuyo texto en dos párrafos sucesivos dispone lo siguiente: El hecho punible puede ser realizado por acción u omisión». «Cuando se incrimine el hecho en razón del resultado producido, también lo realiza quien tenía el deber jurídico de evitarlo y no lo impidió pudiendo hacerlo».

II. Problemática de la regulación vigente

El texto ya citado del artículo 17 del Código Penal de 1982, todavía hoy día vigente sin modificación alguna, siempre me ha parecido inconveniente y peligroso, pues permite que de forma paralela junto a los delitos tipificados en el Libro Segundo se pueda apreciar otros cuando a juicio de un juzgador un resultado producido deba imputarse al sujeto que no lo impidió pudiendo hacerlo.

Con la fórmula consagrada en el artículo 17 del Código Penal vigente el principio de legalidad de los delitos y las penas puede quedar en letra muerta, pues el juzgador puede apreciar en un caso concreto que un determinado resultado es delictivo si el sujeto que no lo evitó podía im-

pedirlo, ya que tenía el deber jurídico de evitarlo y no lo impidió, a pesar que no exista tipo penal expreso en tal sentido.

En esta materia, la doctrina patria que se ha ocupado del tema siempre se ha manifestado a favor de la regulación de la comisión por omisión, posición que no comparto por la razón antes expuesta. Partidarios de la regulación actual, que explican y justifican, en nuestro medio son MUÑOZ/VILLALAZ¹ y GILL².

A mi juicio, si el legislador desea incriminar un resultado que el sujeto debía impedir cuando un determinado deber jurídico le imponía un comportamiento para evitarlo, debe describir tal proceder en aquellos casos en que lo quiera reprimir por no haber evitado el resultado que no causó de forma activa pero que se le atribuye al agente por no haberlo impedido.

III. La regulación en el nuevo Código Penal de 2007

En el Código Penal de 2007, que regirá —en principio— para mayo de 2008, se ha introducido una fórmula legislativa respecto de la comisión por omisión, que no se diferencia sustancialmente de la prevista en el ordenamiento penal vigente.

En efecto, el artículo 25, que aparece en el capítulo de la «Acción», en tres párrafos distintos se ocupa de la acción, la omisión y la comisión por omisión. El artículo en cuestión dispone que «Los delitos pueden cometerse por comisión u omisión». «Hay delito por comisión cuando el agente, personalmente o usando otra persona, realiza la conducta descrita en la horma penal, y hay delito por omisión cuando el sujeto incumple el mandato previsto en la norma». «Cuando este Código incrimina un hecho en razón de un resultado prohibido, también lo realiza quien tiene el deber jurídico de evitarlo y no lo evitó pudiendo hacerlo».

Como se puede comprobar de la simple lectura del párrafo final del artículo antes transcrito, la normativa contenida en el nuevo Código en materia de comisión por omisión no se diferencia de la existente actualmente, lo que me releva de mayor atención al respecto. No cabe duda, sin embargo, que la redacción del párrafo segundo no es muy afortunada, pues no debe confundirse el problema de la comisión con el de la autoría, sea directa o mediata.

IV. La comisión por omisión en la jurisprudencia patria

En nuestra doctrina jurisprudencial el tema de la comisión por omisión no ha tenido mayor trascendencia. En alguna medida, porque no se conocen casos importantes donde el tema tenga vigencia.

Recientemente, sin embargo, por razón del envenenamiento con las consiguientes muertes o lesiones de cien-

tos de pacientes del ente estatal que rige la seguridad social en Panamá, el tema adquirió notable importancia.

Los hechos ocurridos ponen en evidencia que el ente estatal que administra la seguridad social adquirió, por medio de licitación pública, los componentes necesarios para producir medicinas que sería ingeridas por pacientes y jubilados por cuenta del Seguro Social y que los encargados de fabricar los medicamentos no comprobaron la calidad de los insumos recibidos, por lo que se fabricaron jarabes y otras medicinas elaboradas con dietilenglicol en vez de usar glicerina para consumo humano. Los componentes fueron solicitados en el año 2003, llegaron al país en 2004 y las medicinas envenenadas fueron producidas en 2006. Los asegurados y sus dependientes que ingirieron las medicinas envenenadas han fallecido durante 2006 y siguen falleciendo hasta estos días.

Todos los supervivientes del envenenamiento tienen secuelas que han de producirles, tarde o temprano, la muerte. Mientras tanto, tienen lesiones en los riñones que les exigen repetidas diálisis todos los días. Otros han quedado ciegos, sin poder caminar o incapacitados de forma permanente para el trabajo. Como consecuencia de los cientos de pacientes fallecidos o lesionados de por vida por la ingestión de las medicinas contaminadas con dietilenglicol, se abrió una investigación por el Ministerio Público a fin de acreditar la responsabilidad penal que los responsables de tales muertes y lesiones.

En el curso de la investigación, el fiscal a cargo de la misma ordenó la detención preventiva de los empleados del laboratorio de producción de medicamentos de la Caja de Seguro Social encargados de la elaboración de las medicinas, de la persona a cargo de la dirección del mismo, del Director Nacional de Drogas del Ministerio de Salud, de quien fue Director de la Caja del Seguro Social en 2003, cuando se licitaron los insumos, del Director de la entidad en 2004 cuando llegaron al país tales insumos y del actual Director, cuando han fallecido los asegurados por la ingestión de medicinas envenenadas. También ordenó la detención preventiva del director y los dignatarios de la sociedad que suministró los insumos al Seguro Social.

A todos les han imputado un delito de homicidio doloso, a pesar de que las diligencias de investigación han revelado que no hubo dolo en el actuar de las personas antes mencionadas, por lo que sin duda alguna estamos en presencia de un homicidio culposo, pues nadie tuvo conciencia y voluntad del resultado producido que nunca fue querido por nadie.

Al actual director y a los anteriores directores de la seguridad social les imputaron el homicidio y las lesiones de las víctimas por no haber impedido el resultado, pues se consideró que tenían el deber de evitarlo y no lo impidieron. Por medio de tres distintas demandas de «hábeas corpus» la Corte Suprema de Justicia consideró que el fiscal actuó de forma incorrecta, pues a ninguno de ellos tres se les puede imputar un delito por comisión por omisión, pues la posición de Director General de la Caja de Seguro

Social no puede servir para tal imputación, ya que los directores no tienen la función de vigilar o supervisar la elaboración de medicinas en el laboratorio de producción de medicamentos, ya que ello corresponde a otra autoridad.

Hasta la fecha, la investigación sigue su curso y se han cursado asistencias judiciales a España y China, pues los medicamentos llegaron de China Popular por medio de una compañía española que la suministró sin comprobar que no era glicerina para consumo humano. Lo peor de todo es que la empresa española, irresponsablemente, acreditó que examinó el producto y que el mismo era apto para consumo humano.

Sin duda alguna, la empresa española suministró un producto que no era apto para consumo humano, por lo que debe responder civilmente por los daños y perjuicios causados con el envenenamiento de las medicinas elaboradas por la Caja de Seguro Social, pero la responsabilidad penal por las muertes ocurridas recae en quienes al elaborar las medicinas no tuvieron el cuidado de comprobar que no usaban los insumos adecuados, pues ellos pudieron detectar el error en el envío de dietilenglicol en vez de glicerina para consumo humano.

IV. A modo de conclusión

El tema de la comisión por omisión suscita cuestiones de indudable interés, tanto en el plano dogmático como en el práctico. Corremos el riesgo de desconocer el principio de legalidad de los delitos y permitimos fórmulas legislativas como la actualmente vigente y la incorporada al Código Penal de 2007.

Urge una revisión de esta materia, al tiempo que es necesario que se limite el uso de la comisión por omisión a los resultados producidos contra la vida y la integridad personal, donde lo prohibido es causar un resultado, no importa la forma de su causación.

En todo caso, la determinación de quien ostenta la posición de garante es fundamental para evitar excesos en la imputación de cualquier resultado producido.

Citas

1. R. CAMPO ELÍAS MUÑOZ/Aura G. DE VILLALAZ, *Derecho penal panameño. Parte general*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1977, pp. 201 y siguientes.

2. Hipólito GILL, *Derecho Penal. Parte general*, Editorial juristas panameños, Panamá, 2004, pp. 164 y siguientes.

Notas

¹ R. CAMPO ELÍAS MUÑOZ/Aura G. DE VILLALAZ, *Derecho penal panameño. Parte General*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1970, pp. 205 y siguientes.

² Hipólito GILL, *Derecho Penal. Parte general*, Editorial juristas panameños, Panamá, 2004, pp. 164 y siguientes.

PERÚ

Dr. Víctor Pado Sidarriaga

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

1. Antecedentes

Hasta antes de la promulgación del Código Penal de 1991, la omisión impropia no había merecido una atención especial por parte de la legislación y la doctrina nacionales. A ello contribuyeron dos factores determinantes. En primer lugar, la ausencia de normas en la Parte General del Código Penal de 1924 que regularan de manera específica esta forma de configuración delictiva. Y, en segundo lugar, el predominio entre los juristas peruanos de esquemas causalistas en la interpretación y sistematización de la teoría del delito. Por lo demás, nuestros especialistas se referían a estos delitos utilizando la clásica denominación de origen francés de «comisión por omisión», lo cual fue cuestionado por un sector de la doctrina que la calificaba como «terminología imprecisa pues son auténticos delitos de omisión» (Cfr. Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Cultural Cuzco. Lima, 1990, p. 273).

No obstante, un rastreo pormenorizado al interior de la Parte Especial del Código Maurtua, permitía detectar que el legislador de aquel entonces incorporó algunos supuestos de omisión impropia al tratar de los delitos de exposición o abandono de personas en peligro. Ese fue el caso del artículo 184.º que sancionaba con pena de prisión no mayor de dos años al que «teniendo a su cargo su crianza o educación o la guarda de un menor de 16 años, lo *descuidare* o *maltratare de manera que perjudique gravemente su salud o su desarrollo intelectual*».

Sobre dicha disposición señalaba HURTADO POZO: «Salvo raros casos, nuestro legislador no ha estatuido explícitamente, la represión de un daño ocasionado a un bien jurídico mediante un proceder omisivo. Como ejemplo de represión basada en una acción de *comisión por omisión*, podemos dar el artículo 184.º de nuestro Código Penal; en cuanto se refiere al perjuicio grave en la salud (física e intelectual) de un niño menor de 16 años, ocasionado por descuido de quien tiene a su cargo su crianza, educación o guarda. Si se sanciona este caso menos grave, cómo podría afirmarse que el legislador tuvo en mente excluir de la represión el caso más grave de muerte de la víctima» (José HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, SEJATOR, Lima, 1978, p. 318). Por su parte, ROY FREYRE reconocía la presencia de una conducta omisiva en el agente, pero no destacaba la configuración concreta de una estructura típica de omisión impropia: «La expresión descuidarse no alude aquí a la negligencia, a una de las formas de culpabilidad como a primera vista podría pensarse, sino, a una de las formas de

la acción. El descuido hay que interpretarlo como correspondiente a un *acto omisivo*» (Luis E. ROY FREYRE, *Decreto Penal Peruano*, Tomo I, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1974, p. 277).

Únicamente VILLAVICENCIO TERREROS desarrolló un estudio dogmático del delito de omisión impropia más acorde con la autonomía que le aportó el finalismo. Este autor, por ejemplo, cuestionaba la percepción tradicional sobre la posición de garante que era asumida por nuestros penalistas: «La teoría del injusto omisivo en nuestro medio no ha sido suficientemente desarrollada. La doctrina nacional utiliza la clasificación formal de las fuentes del deber de garante» (Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 279).

Con los proyectos de reforma del Código Penal de fines de los años 80, el legislador peruano decide incorporar una fórmula legal general para describir los presupuestos y requisitos de los delitos de omisión impropia. De esta manera, se optaba por la misma técnica legislativa que desde mediados de los 70 habían ensayado el Código Penal austriaco (artículo 2), el Código Penal alemán (artículo 13) y el Código Penal portugués (artículo 10). Efectivamente, en el Proyecto peruano de julio de 1990, el artículo 18.º describía la omisión impropia de la siguiente manera:

«El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

Si tiene el deber legal o jurídico libremente aceptado de impedirlo, o si crea un peligro inminente que fuere propio para producirla; y

Si la omisión corresponde a la realización del tipo mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada hasta límites inferiores al mínimo legal.»

Al promulgarse el Código Penal vigente en abril de 1991, la fórmula proyectada sufrió algunas modificaciones. Sin embargo, la más trascendente fue la inclusión cuestionable del «deber moral» como una fuente de la posición de garante. El texto legal del artículo 13.º quedó en los siguientes términos:

«El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

Si tiene el deber moral o jurídico de impedirla, o si crea un peligro inminente que fuere propio para producirla; y,

Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.»

PEÑA CABRERA al criticar dicha modificación asumía que se trataba de un error pero que debía ser superado en base a las precisiones de la exposición de motivos que acompañaba al Código Penal de 1991: «... es imperativo destacar que el legislador haya incurrido irresponsablemente en una aberración al consignar como fuente de la posición de garante: el deber moral, lo que constituye una flagrante violación de uno de los principios rectores más importantes, cual es, el de legalidad. Sin embargo, la exposición de motivos podría ser la solución

cuando menciona que “el omitente del impedimento de un hecho punible será sancionado cuando tenga el deber legal o jurídico”, obviando de esta manera las dificultades hermenéuticas del artículo 13.º del Código Penal» (Raúl PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Grijley, 2.ª edición, Lima, 1995, p. 475).

Pero al margen de aquel desatino, la inclusión de una disposición relativa a la omisión impropia en la parte general del nuevo código fue bien recepcionada por los operadores jurídicos, al asumir que constituía un aporte significativo que acortando los cuestionamientos constitucionales y de legalidad en torno a este tipo de delito de omisión, motivaría un importante desarrollo en la dogmática y en la jurisprudencia nacionales.

2. La omisión impropia en el Código Penal de 1991

En realidad la regulación de la omisión impropia en el Código Penal peruano recién se consolidó con la promulgación de la Ley n.º 26682 del 11 de noviembre de 1996. Con ella se modificó el inciso 1 del artículo 13.º corrigiendo el error del texto original, ya que se suprimió toda referencia al «deber moral». En consecuencia, el contenido hasta hoy vigente de dicho dispositivo de la Parte General es como sigue:

«El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

Si tiene el deber jurídico de impedirlo o se crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo; y

Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada.»

Para la doctrina esta reformulación fue positiva (Cfr. José HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, 3.ª edición, Grijley, Lima, 2005, p. 750). De allí, que en la actualidad la explicación dogmática del artículo citado ha alcanzado niveles de consenso en lo que atañe a sus presupuestos esenciales. Es así que los autores peruanos coinciden en reconocer que la configuración de un delito de omisión impropia demanda la existencia del deber jurídico de impedir la realización del hecho punible o cuando se ha generado un peligro inminente para su realización (Cfr. Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006, p. 660 y ss.).

Como señala HURTADO POZO en la legislación peruana «se ha adoptado el modelo mixto alemán de considerar la omisión impropia como una omisión calificada por la índole y la entidad especiales del deber» (Cfr. José HURTADO POZO, ob. cit. 2005, p. 749). Ahora bien, para un sector de la doctrina la fórmula empleada por el legislador nacional también evidencia limitaciones y disfunciones. Particularmente, algunos autores cuestionan las consecuencias jurídicas que postula el artículo 13.º. Esto es la atenuación facultativa de la pena en caso de omisión impropia y su posición dubitativa frente a la no

evitación del resultado por el garante (Cfr. Iván MEINI MÉNDEZ, *La Comisión por Omisión*, XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima 2004, p. 325 y ss.).

Al respecto, precisa GARCÍA CAVERO: «Se trata concretamente de las llamadas omisiones puras de garante, en las que si bien el garante no impide la producción de un resultado, su omisión no alcanza la identidad normativa requerida por el artículo 13.º inciso 2º» [Percy GARCÍA CAVERO, «La Comisión por Omisión en el Código Penal Peruano», en *ILECIP.REV.* 001-01(2006) <http://www.ilecip.org>, pp. 5 y 6].

En la escasa jurisprudencia derivada del artículo 13.º se vislumbra la importancia relativa que los operadores de la justicia penal conceden a los delitos de omisión impropia, a partir de sus requisitos típicos esenciales. En tal sentido, por ejemplo, la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2528-99, procedente del Distrito Judicial de Lima, la Sala Penal de la Corte Suprema precisó lo siguiente: «... la doctrina, reconoce la existencia de delitos omisivos impropios o llamados también comisión por omisión, respecto de este tipo de delitos omisivos, el Código Penal en su artículo 13.º, establece una cláusula de equiparación que nos permite adecuar el comportamiento omisivo al comisivo, pero para ello, es preciso constatar no sólo la causalidad de la omisión, sino también la existencia de un deber de evitar el resultado por parte del agente frente al bien jurídico o posición de garante» (Publicada en la *Revista Peruana de Jurisprudencia. Normas Legales*, Año II, n.º 3, p. 358).

Propuesta de Reforma

El Anteproyecto de Código Penal de 2004 plantea modificaciones relevantes en la redacción del artículo 13º, que sigue correspondiendo a la omisión impropia. En lo esencial se omite consignar las fuentes del deber de garante. El texto propuesto es el siguiente: «ARTÍCULO 13. El que omita impedir la realización de cualquier hecho punible de resultado, será sancionado si el no evitarlo, equivale, según el texto de la ley, a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada».

La exposición de motivos explica esta controvertida variante de manera ambigua y escueta: «La Comisión reconstruye la fórmula del artículo 13º sobre la base de la equiparación legal para dilucidar los elementos de esta forma de hecho punible. Para ello la conducta de no evitación debe equivaler según el texto de la ley, a la realización del tipo penal mediante un hacer, dejando a la jurisprudencia y a la doctrina el desarrollo de las formas de posición de garante». Para HURTADO POZO: «Esta defectuosa técnica de redactar las disposiciones legales impide a los autores darse cuenta de que reducen las condiciones de la omisión impropia a la de evitar un hecho

punible y a la de la equivalencia... El formalismo con que se aplican las leyes en nuestro medio, haría de una disposición como ésta el medio adecuado para ampliar la represión penal a extremos que se buscan excluir mediante la exigencia del deber de garante» (Cfr. José HURTADO POZO, ob. cit. 2005, p. 751).

Polonia

Prof. Dra. Barbara Kunicka-Michalska

*Instituto de Ciencias Jurídicas
de la Academia Polaca de Ciencias, Varsovia*

En el Derecho penal polaco, como en otros sistemas penales¹, los delitos pueden ser cometidos por acción o por omisión, aunque muchos delitos consisten solo en acción. Si se trata de omisión, la doctrina polaca reconoce la existencia de una división bipartita de los delitos de omisión y distingue entre omisiones puras (*delictum mere ommissivum*) y omisiones en comisión (*delictum per ommissionem commissum*).

Las omisiones puras se agotan en la no realización de una acción exigida por la ley, aparecen expresamente tipificadas por el legislador en la Parte Especial del Código Penal o en leyes complementarias.

En el caso de estos delitos no se precisa la producción de un resultado. Entonces los delitos de pura omisión no consisten en la producción de un resultado. Como ejemplo de estos delitos podemos indicar el delito de la omisión del deber de socorro (el art. 162 del CP), o el delito de la omisión de poner en conocimiento de autoridad determinados delitos (el art. 240 del CP).

Los delitos del segundo grupo, es decir, los delitos de omisión en comisión, consisten en la producción de un resultado. La mayoría de los autores consideran que los delitos pertenecientes al grupo primero (de pura omisión) deben denominarse propios, y pertenecientes al grupo segundo (consistente en la producción de un resultado), impropios.

Pero algunos autores prefieren denominar como «impropios», los delitos que pueden ser cometidos por una acción y por una omisión, ya que los elementos constitutivos del delito están definidos de manera amplia, por ejemplo homicidio (el art. 148 del CP) y como «propios» los delitos que pueden ser cometidos solamente por omisión o por omisión y por acción, si esto resulta expresamente de la ley, por ejemplo el delito del falso testimonio el art. 233 del CP (según la ley el testigo puede declarar la falsedad —acción u ocultar la verdad— omisión).

Según el art. 2 del Código Penal polaco de 1997 responde por el delito cometido por omisión, consistente en la producción de un resultado solo él, quien tenía una específica obligación legal de evitar el resultado.

La persona, sobre la cual pesa esta obligación se denomina en la doctrina como garante.

La norma del art. 2 del CP es una norma nueva, introducida por el legislador polaco en 1997, por el Código Penal de 1997. En los códigos penales anteriores no existía norma parecida. Pero el problema fue conocido por la doctrina polaca de Derecho Penal y la práctica judicial y la norma nueva se basa en principio en las opiniones expresadas antes.

Los autores de los comentarios al Código Penal consideran por lo general que esta obligación (este deber) legal específica (obligación de garante) puede tener como fuentes una ley y un contrato o nombramiento. Algunos autores mencionan también una decisión judicial basada en una ley o un contrato. Lo que despierta dudas es la pregunta si existe también como fuente de la obligación jurídica especial una situación particular creada por el autor, es decir se trata de la actividad anterior que crea el peligro para el bien legal. Esta cuestión provoca controversias y hay opiniones diferentes.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo del 22 de noviembre de 2005 (VKK 100/05) entre la omisión y el resultado debe de existir el adecuado vínculo normativo.

Si el resultado que pertenece a los elementos constitutivos del delito cometido por omisión es la consecuencia de los comportamientos ilegales de varias personas —como pronunció el Tribunal Supremo— este resultado puede ser atribuido solo a estas personas que no han cumplido con la obligación legal particular que pesa sobre ellas, de evitar el resultado y solo, cuando en la existencia del resultado se produjo el peligro cuyo objetivo ha sido el impedir el cumplimiento con la obligación (la Sentencia del Tribunal Supremo del 24 de febrero de 2005, V KK 375/04, OSNKW 2005, n.º 3, pos. 31).

En la opinión del Tribunal Supremo el deber del garante puede ser una obligación diferente a la expresada en el acto acusatorio solo, cuando éste ha sido la obligación legal particular de evitar el resultado, que pesaba sobre el acusado (disposición del Tribunal Supremo del 5 de febrero de 2005, V KKN 473/99, OSNKW 2002, n.º 5-6, pos. 34).

En la Sentencia del 19 de septiembre de 2000 (V KKN 183/98) el Tribunal Supremo hizo prestar atención sobre la dependencia de la responsabilidad de la existencia de la real posibilidad de actuar conforme a la obligación existente. El Tribunal Supremo se pronunció también, entre otros, en cuestión de delito consistente en uso de violencia, expresando la opinión, que es posible realizar violencia en algunos casos también por la pura omisión (la Sentencia del Tribunal Supremo del 6 de septiembre de 1994 (II KRN 159/94, OSP 1995, No 3, pos.72).

El problema de omisión provoca gran interés en la ciencia polaca y tiene amplia bibliografía científica ².

Notas

¹ Por ejemplo sobre el Derecho español ver el trabajo publicado en Polonia de Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ, «Notes on action, omission (offenses of failing to act) and commission by omission in spanish law», en *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50 lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, praca zbiorowa pod redakcją Władysława Czaplińskiego, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2006 (*Derecho en el siglo XXI. Libro homenaje al 50 aniversario del Instituto de Ciencias Jurídicas de la Academia Polaca de Ciencias*, obra colectiva a cargo de Władysław Czapliński, Editorial Científica «Scholar», Varsovia 2006), pp. 630-640.

² Sobre más detalles en cuanto a las infracciones cometidas por la omisión en el Derecho penal polaco ver sobre todo: R. DEBSKI, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Lodz 1995 (Extranormativos indicios del delito. Sobre el carácter legal de las normas del Derecho penal y los indicios del tipo del acto ilícito, no denominados en la ley, Lodz 1995); M. KLIS, «Zródła obowiązku gwaranta w polskim prawie karnym», *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 1999, nr 2 (*Fuentes de la obligación del garante en el Derecho penal polaco*, *Revista del Derecho Penal y Ciencias Penales* 1999, n.º 2); P. KONIECZNAK, *Czyn jako podstawa odpowiedzialności karnej*, Zakamycze 2002 (*El acto como la base de la responsabilidad penal*, Editorial Zakamycze 2002); Z. KUBEC, «Przestępstwa z zaniechania», *Panstwo i Prawo* 1965, zeszyt 3 («Delitos por omisión», *Revista Estado y Derecho* 1965, n.º 3); L. KUBICKI, «Przestępstwo popełnione przez zaniechanie», *Zagadnienia podstawowe*, Warszawa, 1975 («Delito cometido por omisión», *Problemas básicos*, Varsovia, 1975); W. MACIOR, «Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym», *Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990 («El acto humano y su importancia en el Derecho penal», *Problemas básicos*, Varsovia, 1990); J. MAJEWSKI, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków, 1997 (*La atribución jurídico-legal de un resultado en el caso de omisión*, Cracovia, 1997); W. PATRYAS, *Zaniechanie. Próba analizy metodologicznej*, Poznań, 1993 (*La omisión. El intento del análisis metodológico*, Poznań, 1993); M. RODZYNKIEWICZ, «Pojęcie zaniechania a odpowiedzialność za przestępstwo popełnione przez zaniechanie w projekcie KK», *Przegląd Prawa Karnego* 1994 nr 11 («El concepto de la omisión y la responsabilidad por el delito cometido por omisión en el proyecto del CP», *Revista de Derecho Penal* 1994, n.º 11); A. SPOTOWSKI, «Kilka uwag o obowiązku gwaranta w prawie karnym», *Panstwo i Prawo*, 1987, zeszyt 11 («Algunas consideraciones sobre la obligación del garante en el Derecho penal», *Revista Estado y Derecho*, 1987, n.º 11); A. WASEK, *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, Warszawa, 1973 (*La responsabilidad penal por no impedir el delito*, Varsovia, 1973); W. WOLTER, «O czynie jako działaniu lub zaniechaniu przestępnym», *Panstwo i Prawo*, 1956, zesz. 5-6 («Sobre el acto como la acción o la omisión delictivas», *La Revista Estado y Derecho* 1956, n.º 5-6); W. WOLTER, «O tzw. przyczynowości zaniechania», *Panstwo i Prawo* 1954, zesz. 10-11 (Sobre la llamada causalidad de la omisión, *Revista*

Estado de Derecho 1954, n.º 10-11); y la bibliografía citada en estas publicaciones.

Los problemas de los delitos cometidos por omisión están presentados también en varios manuales del Derecho penal y en varios comentarios al Código Penal. De comentarios ver por ejemplo: G. REJMAN, en: E. BIENKOWSKA, B. KUNICKA - MICHALSKA, G. REJMAN, J. WOJCIECHOWSKA, *Kodeks Karny, Czesc Ogólna, Komentarz*, pod redakcją G. Rejman, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 1999 (*Código Penal. Parte General. Comentarios*, a cargo de G. Rejman, Editorial Beck Varsovia 1999), p. 170-199; B. KUNICKA-MICHALSKA, *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 1 par.1 i 2, art. 3-7 KK. Komentarz (Los principios de la responsabilidad penal. Los artículos 1 párrafo 1 y 2; 3 - 7 del Código Penal. Comentario)*, Editorial C. H. Beck, Varsovia, 2006, p. 90-92; T. BOJARSKI, en T. BOJARSKI, A. MICHALSKA-

WARIAS, J.PIORKOWSKA -FLIEGER, M. SZWARCZYK, *Kodeks Karny. Komentarz*, pod redakcją T. Bojarski, wydanie 1 (*Código Penal. Comentario*, a cargo de T. Bojarski, edición 1, Editorial Jurídica Lexis Nexis,

Turquía

Dr. Baris Erman¹

1. Introducción

El sistema penal turco reconoce el tipo de comisión por omisión como una forma del hecho desde la era del Código Penal antiguo, aunque no existía ninguna regulación positiva. La comisión por omisión se define como la realización de un tipo delictivo que prevé una prohibición de una acción activa por una omisión del autor que tenga un deber legal de actuar.

En contraste a la teoría penal, la jurisprudencia era más tímido a aceptar una distinta forma de omisión en delitos que se pueden cometer por acción en la época del CP antiguo.

En muchos casos de que el tipo de comisión por omisión fuera realizado con un hecho imprudente, los tribunales solaban sentenciar del delito imprudente sin hacer ninguna referencia a la posición del garante o al deber de impedir un peligro.

En otros casos, el autor de un tipo de comisión por omisión ha sido hecho responsable cómo imprudente, porque la acción peligroso precedente no ha sido evaluado por el tribunal. En el caso concreto el autor había encerrado a su amigo en un horno por burla, y después, lo encendió. Aunque apagó el horno inmediatamente, al ver que su amigo se cayó y se vulneró, el autor cogió miedo y se alejó del sitio. La víctima se murió de la asfixia. En este caso el tribunal condenó al autor del homicidio imprudente y no disputó la posibilidad de un homicidio doloso por omisión². La imprudencia sólo sería posible si el autor se fuera hallado en un error de tipo de que la víctima ya fuera

sido muerto al momento de la ignición del horno. El error sobre la existencia de los elementos materiales de una posición del garante podría suprimir el dolo típico, pero el tribunal no se encargó de estas suposiciones.

2. Normas legales

El legislador turco ha aceptado un nuevo artículo sobre la comisión por omisión en el CP turco de 2005. El artículo ha sido formado tomando por modelo el artículo del CP español de 1995.

El delito de homicidio doloso cometido por omisión

(1) El que cause una muerte omitiendo un hecho al infringir un especial deber sólo será castigado cuando la infracción del mismo deber equivalga a su causación.

(2) A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de peligro para la vida de otros mediante una acción precedente.

(3) Puede ser castigado con la pena atenuada de prisión de 20 a 25 años en lugar de la cadena perpetua agravada, o con prisión de 15 a 20 años en lugar de la cadena perpetua, o con prisión de 10 a 15 años en otros casos, el que, por omisión de un especial deber, cause muerte; está atenuación de la pena no es obligatoria.

Según el art. 88 del CP turco la misma regulación estará vigente para los delitos de lesiones y que la pena podrá ser atenuada hasta la 2/3 de la pena original.

Existe también una otra disposición en el CP turco que se refiere a la comisión por omisión, precisando que la atenuación no será aplicada al del delito de la tortura solamente por ser cometido por omisión (art. 94/5).

3. Interpretación

a) Crítica del art. 83 CP

El artículo 83 CP ha sido criticada por la parte mayoritaria de la literatura penal turca desde un punto de vista de la sistematización. En verdad, la definición de la equivalencia de la omisión a la acción y debería ser situado en el parte general del CP, mientras que la atenuación para un delito determinado podría ser previsto dentro del título respectivo³. Además, un parte de la literatura supone que la regulación limitada a delitos separados podrá poner imposible que la comisión por omisión sea aceptada como tipo de acción en otros delitos —por ejemplo en delitos imprudentes contra la vida, aunque esta posibilidad no es excluido en los motivos del CP—⁴.

Sin embargo, la opinión dominante interprete el artículo en el sentido de que la definición de la comisión por omisión sea válido para todo tipo de omisión, mientras

que la atenuación en el apartado 3 será vigente solamente para el homicidio doloso⁵.

Otra causa de crítica es la atenuación facultativa prevista por la ley. El parte mayoritario de la literatura penal no es de acuerdo con la decisión del legislador de que la comisión por omisión no merite la pena igual como la acción en caso del homicidio, sosteniendo que «ni la culpabilidad del autor, ni el injusto del hecho fueran diferente de una acción activa, dando que la equivalencia de la omisión a la acción ya es un prerrequisito de la responsabilidad penal en este tipo de acción»⁶.

b) Posición del garante

La regulación define tres fuentes del deber de actuar para impedir el peligro, como hace también el artículo modelo del CP español (art. 11): La posición del garante puede resultar de una obligación legal, de un contrato o de un actuar precedente del autor, o sea la injerencia.

Se puede hablar de una obligación legal sólo cuando la ley precisa específicamente que una persona debe actuar para proteger un bien jurídico, es decir, no serán aceptados como obligaciones legales los deberes que resulten de principios generales del derecho, del moral ni de la convivencia social⁷. Por ejemplo, la existencia de una vinculación familiar se deduce del Código Civil turco (art. 335) y de la Ley sobre la protección de la familia (Ley 4320). El CC determina que los padres deben proteger a sus hijos, mientras que la ley 4320 extiende este deber a todos los miembros de la familia que habitan en la misma casa.

La obligación contractual se entiende como abrazando todas formas de la asunción voluntaria de la función de protección y también el concepto de la comunidad de peligro⁸. Por ejemplo, una relación factual prolongada que consiste del cuidado de un relativo viejo podrá eventualmente resultar en un deber casi-contractual⁹.

La injerencia se realiza cuando una persona causa por una conducta precedente una situación de peligro para un bien jurídico. La letra del artículo 83 del CP turco también se deberá entender en este sentido, porque la definición de la injerencia en esta regulación sólo refiere al homicidio y, por esta razón, sólo prevé que el peligro sea dirigido a la vida de la víctima.

En la literatura penal turca predomina la opinión que el conducto precedente ha de ser fuera de las límites del riesgo permitido, para que se puede hablar de una obligación a impedir el peligro. Entonces, sólo podrá ser aceptado como un fuente de la posición de garante una acción injusta y, a menos, infringiendo un deber de cuidado¹⁰. Según esta opinión, no se puede hacer responsable de un delito de homicidio el que, a pesar de conducir dentro de los límites legales de la velocidad, vulnera a una persona que salte inesperadamente sobre la autopista, y después, omite a traerlo a un hospital¹¹. Sin embargo, en este ejemplo, el autor sí será responsable del delito de omisión de prestar socorro a quien se encuentra en peligro (art. 98 CP).

Notas

1. Profesor asistente, Universidad de Estambul, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal y Proceso Penal.

2. Asamblea general del ST turco, YCGK, decisión del 09.04.1990, 1-60/180. Para la crítica desde este punto de vista véase: HAKAN HAKERI, *Ceza Hukukunda Ihmal Kavrami ve Ihmal Suçların Çesitleri*, Ankara 2003, pág. 168; NUR CENTEL / HAMIDE ZAFER / ÖZLEM ÇAKMUT, *Kisilere Karsi Islenen Suçlar*, vol. I, Istanbul 2007, p. 68-69.

3. HAKAN HAKERI, «*Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Ihmal Suçlar*», *Hukuk ve Adalet*, Nisan 2005, pág. 121, ALI KEMAL YILDIZ, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu – Seminer Notları*, Istanbul 2007, p. 180.

4. YILDIZ, pág. 181. El autor sostiene que la comisión por omisión de los delitos de imprudencia pudiera ser teóricamente posible, aunque el contrario podría ser defendido visto la regulación positiva.

5. En este sentido, véase: IZZET ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2.b., Ankara 2007, pág. 218, 222; NUR CENTEL / HAMIDE ZAFER / ÖZLEM ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukuku Giriş*, 3.b., Istanbul 2005, pág. 254.

6. YILDIZ, p. 183; en el mismo sentido, véase Köksal Bayraktar, «*Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kisilere Karsi Islenen Suçlar*», *Hukuk ve Adalet*, Nisan 2005, pág. 221; Erdener Yurtcan, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, Istanbul 2004, pág. 177.

7. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, *Kisilere Karsi Islenen Suçlar*, vol. I, pág. 65.

8. HAKERI, *Ceza Hukukunda Ihmal Kavrami ve Ihmal Suçların Çesitleri*, pág. 143.

9. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, *ibid.*

10. HAKERI, *op. cit.*, pp. 172, 174. Una opinión parcialmente contraria sostiene que un peligro resultando de una acción dentro el riesgo permitido sí puede resultar en una posición del garante, mientras que acciones justificadas no serán afectadas (CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, *op. cit.*, pág. 175).

11. Al contrario expresamente: CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT,

Uruguay

Pablo Galain Palermo

1. El sistema penal uruguayo se apoya en el principio de legalidad que indica que la no realización de una conducta debida sólo puede consistir en un delito cuando la ley lo indica expresamente (cfr. Art. 10.2 Constitución, Art. 1 CP).

Sobre esta base, el delito cometido por omisión puede ser de dos tipos: a) delitos de omisión pura o propia (cfr. Art. 332 CP, omisión de asistencia, Art. 164 CP, omisión contumacial de los deberes del cargo, Art. 279 B CP, omisión de los deberes inherentes a la patria potestad) y delitos de omisión impropia o de comisión por omisión,

legitimados por la cláusula de equivalencia contenida en el artículo 3 CP.

2. Sobre la omisión en líneas generales la doctrina y jurisprudencia uruguayas son contestes en que tanto en su modalidad dolosa como imprudente,¹ la acción típica requiere de la conjugación del verbo «encontrar» (*v. gr.* hallar, topar, descubrir), en el sentido de que el sujeto se halle en presencia de las condiciones previstas por la norma de mandato.² Esta posición fue sustentada por el autor del Código Penal nacional de 1934, IRURETA GOYENA, quien al comentar el Código de 1889 escribía: «se castiga la omisión de asistencia en el caso del encuentro, no la abstención de los actos propios de la búsqueda. Si una persona sabe que un niño se halla abandonado en un bosque y se inhibe de ir a buscarlo para prestarle el auxilio que necesita, no incurrirá en esta infracción. Una cosa es sustraerse al deber que nos sale al encuentro y otra distinta salirle al encuentro, al deber».³ Ahora bien, parecería que según esta posición de la doctrina y jurisprudencia uruguaya una vez «encontrado» el sujeto que requiere auxilio se configura el deber de actuar en socorro o para brindar asistencia al desvalido.

3. En el artículo 3 del CP⁴ se encuentra la cláusula general de equivalencia entre los comportamientos activos y determinados comportamientos omisivos que contribuyen a la concreción del resultado prohibido o causan (desde el punto de vista de la materia de prohibición) el resultado prohibido. Allí se establece que «no impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo», cláusula de equivalencia que se aplica sólo para delitos dolosos.⁵

4. En la jurisprudencia se acepta que el fundamento de la comisión por omisión es la no realización de una acción que el sujeto tiene la obligación de realizar y que está en condición de poder hacer, esto es, «la omisión de la acción esperada, que el propio orden jurídico le impone el deber de realizarla»⁶.

La jurisprudencia exige la relación causal entre la omisión y el resultado producido, siempre que el sujeto «tenga conocimiento de la situación típica, de la posibilidad de conocer la forma de evitar el resultado», así como, «el deber de evitar el resultado (la posición de garante), pues es preciso que este agente tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión»⁷.

La doctrina exige para la imputación del resultado producido una relación de causalidad que compruebe que si se hubiera realizado la conducta debida se habría evitado el resultado. Es decir, si a pesar de la intervención del «garante» de todas formas el resultado se hubiera producido éste no le puede ser imputado por falta de nexo causal hipotético de evitación entre la omisión y el resultado⁸. Hay quien exige que el sujeto en posición de garante haya tenido un control cuasi absoluto (probabilidad rayana en la

certeza) del curso causal y un dominio del desarrollo de los hechos⁹.

5. La doctrina uruguaya, en general¹⁰, no ha discutido sobre la posible lesión del principio de legalidad en relación a este tipo de delitos de omisión impropia, considerando que podríamos enfrentarnos a un tipo penal abierto, esto es, un tipo que no describe la conducta debida o que no brinda un *numerus clausus* de sujetos en posición de garantía respecto al bien jurídico tutelado. No obstante, hay quien aboga por la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia por violación del principio de reserva legal contenido en el artículo 10.2 de la Constitución. Dice VIANA REYES: «No es admisible que un tipo construido judicialmente cumpla satisfactoriamente con aquello de que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni tampoco de que la omisión de tal autor, establecido por la interpretación judicial, haya sido expresamente prevista por la ley»¹¹. Pero con este razonamiento sostiene la atipicidad del guardavidia que no socorre al bañista en cuanto al delito de homicidio y se decanta por la imputación de una simple omisión de asistencia, conclusión que no se condice con determinados deberes inherentes a ciertas profesiones (o situaciones de hecho), que justamente, exigen a ciertos sujetos el deber de evitar determinadas lesiones pues en ello consiste su función y/o razón de ser. No sería este, entonces, el criterio más indicado para limitar la posición de garante o evitar la imputación de omisiones impropias, sino un criterio más racional entre una criminalización desproporcionada o excesiva y la más elemental noción de responsabilidad social que obliga a una actuación de cuidado y dedicación ante la existencia de deberes contractuales, jurídicos (*v. gr.* progenitores respecto a sus hijos menores) o de hecho (*v. gr.* hacer precedente). Una posición como la que se critica nos lleva a aceptar consecuencias que escapan a la lógica y al sentido común, como por ejemplo, que ante el fallecimiento de un menor de edad por desnutrición por dolo de los progenitores se impute a estos una simple omisión de los deberes inherentes a la patria potestad, pues la ley no describe la posición de garante. Justamente la función que cumple la cláusula de equivalencia del artículo 3 CP es la de equiparar la producción de la lesión que se tenía la obligación de evitar, definición que no provoca menoscabo al principio de legalidad, pues al juez corresponderá apreciar en el caso concreto la existencia de la «obligación» de evitar un resultado¹².

6. La doctrina es conteste en que el elemento clave para la imputación de resultados no provocados directamente, sino por omisión del comportamiento debido, es la relación previa que existe entre quien omite y el bien jurídico protegido¹³. Esto es, previamente se requiere de una posición de garantía de este sujeto en relación al objeto de protección de la norma que ninguna norma del Código Penal uruguayo describe específicamente. A diferencia del artículo 11 del CP español el artículo 3 del CP uruguayo no indica las condiciones en las que determinados comportamientos pueden ser cometidos por omisión

o, en todo caso, cuáles pueden ser las fuentes de la posición de garante del individuo que lo obligan a impedir el resultado que la norma quiere evitar¹⁴.

En la doctrina LANGÓN sostiene que es cuestión apremiante la determinación de hasta dónde se puede extender los deberes de solidaridad no expresamente exigidos por la ley, porque una ampliación desmesurada de los delitos de omisión impropia y de la exigencia de responsabilidad sin una previa especificación de las fuentes de la posición de garante puede violar el principio constitucional de legalidad¹⁵. De otra opinión CAIROLI, quien prefiere el criterio formulado por JAKOBS de la «responsabilidad por la vulneración de la solidaridad mínima» que sirve tanto para imputar objetivamente lesiones normativas comisivas u omisivas, pues lo importante es «tener consideración por los otros al configurar el propio ámbito de organización»¹⁶. Esta segunda posición no advierte el problema de la extensión de la posición de garante cuando recurre a conceptos tan amplios como el de «solidaridad mínima» y acepta determinados lineamientos del funcionalismo radical que son favorables a imputar responsabilidad penal del que omite cuando tiene una «posición de protección del bien jurídico «extensible «contra todos los ataques», y además, cuando su situación de garante «puede consistir en la vigilancia de una determinada fuente de peligro en relación a cualquier bien jurídico que pueda llegar a ser amenazado por éste»¹⁷. Debe tenerse presente el peligro para el principio de legalidad y taxatividad (cfr. Art. 1 CP) de ampliar en lugar de restringir situaciones de garantía respecto de bienes jurídicos y de control de fuentes de peligro en relación con obligaciones que no están específicamente descritas en una norma penal.

7. El sistema uruguayo admite un *numerus clausus* de circunstancias que pueden agravar o atenuar la cantidad de pena, en caso de concurrir en el hecho. La jurisprudencia nacional las acepta sin hesitaciones para los casos de comisión por omisión¹⁸.

8. En cuanto a la concurrencia entre posibles delitos de comisión con delitos de omisión, la jurisprudencia nacional frecuentemente acepta este tipo de concurrencia de un delito de comisión con otro de omisión, como sucede en el caso de una violación de persona menor de edad y la omisión de los deberes inherentes a la patria potestad^{19, 20}.

9. Los artículos 21 y 22 de la ley 17.897 publicada en D.O. el 19.09.2005 crearon sendas comisiones para la reforma del sistema penal uruguayo. La comisión que se encarga de la reforma del Código Penal ha desarrollado la siguiente propuesta: Art. 4: «Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si el daño o el peligro del cual depende su existencia, no resulta ser la consecuencia de su acción o de su omisión. No impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de evitar, equivale a producirlo».

El Art. 4 proyectado mantiene la redacción del actual artículo 3 CP sustituyendo la nomenclatura «relación de causalidad» por «atribución del resultado». La utilización

de la palabra resultado guarda relación con la lesión al bien jurídico, sin embargo, para ser contestes con la nueva filosofía de esta norma habría que referirse a la «atribución de la lesión o el peligro»²¹.

En una norma como esta, la única frase que no puede suprimirse es aquella que contiene la cláusula de equivalencia entre la acción y la comisión por omisión. No obstante, aquí se mantiene la referencia al resultado, lo que parece dejar de lado a los delitos de mera actividad. Quizás se podría hablar de no «impedir una lesión o puesta en peligro cuando se tiene la obligación de impedimento (o de salvaguarda, o de actuar en consecuencia, o similar)». Ahora bien, habría que aclarar de alguna manera que el riesgo de lesión no impedido por el sujeto que tiene la «posición de garante» es aquél que ha sido generado por él mismo. De otra forma, la cláusula de conversión podría significar una invitación a punir como activos simples comportamientos omisivos, que posiblemente no podrían ser imputados subjetivamente según las reglas generales del dolo o la imprudencia. Sea como fuere, el reproche de la comisión por omisión radica en no haber realizado la acción de salvamento estando obligado a ello. No debe olvidarse que para poder interrumpir un curso causal se tiene que tener hipotéticamente la posibilidad física de interrumpirlo. De todas formas, el haber dado origen al peligro de lesión sería una causa «agravante» de la omisión impropia que justifica una pena similar a la causación del riesgo o lesión por un comportamiento activo. Así también queda abierta la discusión en relación a la cantidad de pena que debe recibir el garante cuando no impide el resultado, y si ésta debe ser siempre la misma que recibiría de haber cometido directamente el delito. En este caso, la norma podría dejar abierta la posibilidad para que el juez aplique una pena disminuida para la omisión impropia en relación al comportamiento activo.

Notas

1. El artículo 332.2 CP es el único que tipifica la omisión de asistencia por conducta negligente. Artículo 332.2: «La misma pena se aplicará al que, por negligencia, dejare de prestar asistencia, dando cuenta a la autoridad, a un hombre desvanecido o herido, sepultado o en situación en que corra peligro su vida o su integridad física».

2. Cfr. Sentencia 46/03, Tribunal de Apelaciones Penal de 1.º Turno, (Lombardi, Núñez, Gómez Tedeschi). *Vide Revista de Derecho Penal*, n.º 15, FCU, Montevideo, octubre 2005, p. 568.

3. *Vide* IRURETA GOYENA, *Obras Completas*, Tomo V, p. 199; cit. en la Sentencia 46/03, *vide* nota 2. También CAMAÑO ROSA sostiene que «el simple hecho de estar en conocimiento de que en determinada localidad, una de las personas mencionadas, está abandonada o perdida, no es suficiente para obligar a asumir el deber de asistencia». En relación al Código Penal uruguayo de 1889, basado principalmente en las ideas de ZANARDELLI, «según indica VÁZQUEZ ACEVEDO, que formó parte de la Comisión redactora

del Código, estas disposiciones tienen su origen en el art. 486, incs. 11.º Y 12.º del Código penal español de 1850, del cual, en efecto, están tomadas literalmente» Art. 404. Será castigado con multa de cuatro a cuarenta pesos o prisión equivalente:... 4.º) El que encontrando perdido o abandonado un menor de siete años, no lo entregase a su familia, o no lo recogiere o depositare en lugar seguro, dando cuenta a la autoridad en los dos últimos casos. 5.º) El que no recogiere o auxiliare a una persona que encontrare en despoblado herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pudiere hacerlo sin detrimento propio». *Vide* la cita en CAMAÑO ROSA, Antonio, «El delito de omisión de asistencia», *La Justicia Uruguaya*, Doctrina 1, versión Internet, visitado el 01.10.2007.

4. Art. 3 (Relación de causalidad): «Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si el daño o peligro del cual depende la existencia del delito, no resulta ser la consecuencia de su acción o de su omisión. No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo».

5. Cfe. Sentencia 102/02 del Tribunal de Apelaciones Penal de 1.º Turno (Lombardi, Núñez, Rubial). *Vide Revista de Derecho Penal*, n.º 15, cit, p. 340. En la doctrina se habla de «vínculo de evitación» y se dice: «De forma y modo que para la ley da lo mismo (es equivalente), dar muerte que no impedir el resultado de muerte cuando se tiene la obligación de evitarlo». *Vide* LANGÓN, Miguel, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, Tomo III, El Derecho penal en general*, Del Foro, Montevideo, 2001, p. 192.

6. Cfr. Sentencia 220/03, Tribunal de Apelaciones Penal de 3.º Turno (Bonavota, Harriague, Borges); *vide Revista de Derecho Penal*, n.º 15, cit, pp. 506 y s.

7. *Ibidem*, p. 507.

8. *Vide* LANGÓN, Miguel, *Curso de Derecho penal*, cit, p. 195; CAMAÑO ROSA, Antonio, *Derecho Penal*, ed. Uruguay, Montevideo, 1957, p. 83; CAIROLI, Milton, *Aspectos de la teoría jurídica del delito*, FCU, Montevideo, 1975, p.33, *Curso de Derecho Penal Uruguayo. Tomo I*, FCU, Montevideo, 1990, ps. 185 y s; BAYARDO, Fernando, *Derecho Penal Uruguayo. Tomo I*, 4.ª ed, Universidad de la República, Montevideo, 1978, ps. 182 y s.

9. *Vide* LANGÓN, Miguel, *Curso de Derecho penal*, cit, p. 196; LANGÓN, Miguel/LARRIEUX, Juan, *Derecho Penal 1.º. Temas de clase*, FCU, Montevideo, Montevideo, 1977, pp. 105 y 129 y ss. Últimamente, CAIROLI niega toda relevancia a la causalidad de una acción u omisión respecto de un resultado y prefiere la teoría de la imputación objetiva para determinar cuando nos enfrentamos a una omisión imputable e indica que un criterio posible es la disminución del peligro de lesión del bien jurídico, pero, sin embargo, no profundiza respecto a la forma de imputación en casos de posición de garante. Según puede entenderse el criterio de aumento del riesgo es ya un criterio válido para la imputación objetiva de un resultado cuando se tiene la obligación de evitación. *Vide* CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales, Tomo I, La Ley-El delito*, 2.ª ed., fcu, Montevideo, 2001, ps. 147 y s. De estas dos posiciones, parecería que la sustentada por LANGÓN se adapta de mejor grado a la teoría de la causalidad adecuada que re-

conoce el artículo 3 del Código Penal Uruguayo, y que al parecer, la Comisión de Reforma del Código Penal uruguayo que preside actualmente CAIROLI no modificaría, manteniendo, incluso, las concausas del sistema italiano para atemperar las «cadenas concausales» en sistemas de imputación basados en la teoría de la causa adecuada (cfr. Art. 4 CP y Art. 5 Proyecto de Reforma).

10. Excepcionalmente VIANA REYES: «Nadie se ha es-tremecido por la ausencia de previsión expresa de esa omisión en la ley penal, a pesar de que el principio de legalidad penal exige, en su recién recordada formulación legal, que una omisión solamente es delito cuando ha sido “expresamente prevista por la ley penal”». La referida opinión dominante, ostensiblemente preocupada por el problema de la causalidad y con mención infaltable de lo que dispone, en ese nivel, la última parte del artículo 3o. del C. Penal («No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo»), no ha demostrado el fundamento por el cual, a pesar de no encontrarse expresamente previstas por la ley penal, estas omisiones igualmente son punibles». *Vide* VIANA REYES, Enrique, «Los delitos impropios de omisión y el principio de legalidad», *La Justicia Uruguaya*, Doctrina 5, versión Internet, visitado el 02.10.2007.

11. *Ibidem*.

12. Siguiendo el razonamiento de VIANA REYES se puede negar que determinadas normas consuetudinarias no puedan adquirir la calidad de *jus cogens* por el hecho de no estar escritas, cuando notoriamente son normas de protección de los derechos humanos frente a conductas lesivas y ontológicamente muy graves. Una propuesta como esta debe ser rechazada por más que pretenda fundarse en los principios de legalidad y de intervención mínima.

13. *Vide* por todos, CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo*, cit, p. 146.

14. Entre las fuentes de la posición de garante, además del cargo o profesión mencionados en la Sentencia 220/03 (nota 6), la jurisprudencia reconoce la «comunidad de vida», la familia en sentido amplio, principalmente en cuanto a los deberes de cuidado de los padres respecto a sus hijos o los menores a su cargo o que viven con ellos. Cfe. Sentencia 207/04 del Tribunal de Apelaciones de 2.º Turno (Corujo, Gómez Tedeschi, Preza). *Vide Revista de Derecho Penal*, n.º 16, noviembre 2006, FCU, Montevideo, p. 637. La comunidad de vida se extiende a los concubinos, y la jurisprudencia procede a la imputación de homicidio a un concubino por no impedir el deterioro físico y psíquico de su concubina; cfr. Sentencia N.º 75/04 de 22.03.2004 del T.A.P. 1.º Turno (Lombardi, Núñez, Ruibal Pino), cfr. *La Justicia Uruguaya*, caso 15248, versión Internet, visitada 01.10.2007.

En la doctrina LANGÓN prefiere limitar la posición de garante a quienes la misma les ha sido concedida por mandato legal (padres e hijos, esposos entre sí) y reconoce como tales al contrato, el actuar precedente (asunción o ingerencia) que exige el control de una situación de riesgo a quien la ha originado. Sin embargo, no se condice su definición del actuar precedente el ejemplo que el autor brinda y que tiempo atrás utilizara VON LISZT, «la persona que recoge a un niño abandonado en la calle está obligado a protegerlo, alimentarlo, y no puede volver a ponerlo en la vía pública», pues en este caso quien «recoge» a un niño abandonado no

ha originado una fuente de peligro que deba controlar sino que ha intervenido en una situación de peligro que no ha provocado, y en ese sentido, no se condice el ejemplo con el hacer precedente tal como LANGÓN lo expone. *Vide* LANGÓN, Miguel, *Curso de Derecho penal*, cit, p. 194. También CAIROLI, que sigue a BACIGALUPO, acepta las mismas fuentes para la posición de garante. *Vide* CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo*, cit, p. 145.

15. *Vide* LANGÓN, Miguel, *Curso de Derecho penal*, cit, p. 193. No advierte este problema CAIROLI que con BACIGALUPO acepta una posición más cercana al funcionalismo radical exigiendo que «el omitente debe tener una posición de protección del bien jurídico contra todos los ataques y por otro lado ésta puede consistir en la vigilancia de una determinada fuente de peligro en relación a cualquier bien jurídico que pueda llegar a ser amenazado por éste». *Vide* CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo*, cit, p. 146.

16. *Vide* CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo*, cit, p. 148.

17. *Vide* CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo*, cit, p. 146.

18. «Tampoco se comparte la imposibilidad de computar la agravante en cuestión en casos como el presente, porque sea imposible jurídicamente concebir que una omisión sea en sí alevosa. Ello, porque se olvida que, en pureza, la omisión social y jurídicamente relevante está referida siempre a una acción determinada, cuya realización no constituye su esencia. No existe una omisión en sí sino siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada (esperada) que el sujeto estuvo en condiciones de poder realizar. Y nada obsta a que, en ese comportamiento humano pasivo, haya incidido en grado sumo el ya aludido desvalimiento de la víctima y la conciencia de esa circunstancia por parte de la agente». Cfr. Sentencia T.A.P. 3.º T.; N.º 220/03 de 19.09.03 (Borges, Harriague -r-, Bonavota), *La Justicia Uruguaya*, Caso 14993, Tomo 131 - Año 2005, versión internet, visitado el 01.10.2007.

19. *Vide* MONTANO, PEDRO, «Homicidio, lesiones y omisión de asistencia. El concurso», *Revista de Derecho Penal*, n.º 16, cit, p. 519. Sin embargo, no siempre se admite esta circunstancia. En la sentencia N.º 55/97 de 19.03.1997 del T.A.P 2.º Turno, (Matta, Gómez -r-, Lombardi, Preza -d), no se apreció concurso entre los sucesivos abusos sexuales de un padre sobre su hija menor de edad. En discordia el Prof. DARDO PREZA sostiene: «si un padre somete a manoseos libidinosos constantes a una hija y no omite los deberes inherentes a la patria potestad, poniendo en peligro la salud moral de un hijo, entonces, derechamente el delito del 279 ap. B) no se puede inculpar. Creo que este delito de peligro, de comisión omisiva concurre formalmente con un delito continuado de atentado violento al pudor y en reiteración real con un delito de violación en el grado de tentativa (arts. 5, 58 y 272 C.P.) y ello porque: el agente, al ser omisivo en la conducta positiva que le imponía el precepto penal, velar por la salud moral del hijo menor, creó las condiciones fácticas para desplegar él mismo una conducta obscena y libidinoso en perjuicio de la hija menor...». *Vide La Justicia Uruguaya*, Caso 13299, versión Internet, visitado el 01.10.2007. *Vide* también en la Sentencia N.º 170/03 de 31.08.2003 (Harriague -r, Bonavota, Borges), el agravio del

fiscal ante la no consideración del concurso entre reiterados delitos contra la libertad sexual de los hijos por parte del padre: «Aceptado que el agente ha transgredido “sus deberes de padre”, y aceptado que su único fin era satisfacer su apetito sexual, en su opinión habrá que concluir que nos hallamos frente a un concurso formal. Finalmente, en tanto que la progresión sólo es admisible dentro del mismo bien jurídico y está caracterizada por una evolución que va aumentando la lesión, considera que no puede afirmarse que el hecho está previsto como más grave en otra disposición legal y que por tanto prevalece el delito más grave. Tampoco, que la gruesa falta a los deberes que la ley pone de cargo de los padres, integra la imputación del atentado sexual por la vía de la agravatoria del abuso de las relaciones domésticas; pues ello parifica la violación de un padre a su hija legítima, con el mismo cometido por un padrastro, un tío, un hermano o cualquiera que tenga posibilidad de abusar de las relaciones domésticas». En segunda instancia se aceptó el concurso formal entre reiterados delitos de violación y un delito de omisión de los deberes inherentes a la patria potestad. *Vide La Justicia Uruguaya*, Caso 14889, versión Internet, visitado el 01.10.2007. Sobre este tema, RETA, Adela, «Omisión punible de los deberes inherentes a la patria potestad», *Revista de Derecho Penal*, 4, FCU, 1982, ps. 55 y ss.

20. En casos de hacer precedente en los que el omitente ha provocado la situación de peligro sin intención de causar la muerte, dice CAMAÑO ROSA: «El omitente ocasionó el peligro del sujeto pasivo, sin intención de matarlo, dolosa o culposamente. Por ejemplo, el que hiere a otro en pelea o lo arrolla con su automóvil, omitiendo luego prestarle asistencia. En tales casos incurrirá en un concurso de delitos: lesiones personales (intencionales o culposas) u homicidio culposo y omisión de asistencia. En efecto, aquí el omitente tenía la obligación jurídica de evitar el resultado con motivo de su conducta precedente. No impedirlo, entonces, equivale a producirlo. Se trata de una verdadera comisión por omisión. Corresponde observar, sin embargo, que entre la omisión y el resultado mortal o lesivo debe existir una relación de causalidad material. Para poner a su cargo el concurso, es necesario asegurarse de que, si el omitente hubiera cumplido con su deber, la lesión o la muerte no se habrían producido, como consecuencia de la situación de peligro en que se encontraba la persona, sin perjuicio de tener en cuenta también los principios que regulan la concausa (art. 4 CP)», *vide* CAMAÑO ROSA, Antonio, «El delito de omisión», citado, nota 3.

21. Esta norma, tal como ha sido redactada, responde al principio de lesividad que hoy no sirve para explicar la legitimidad de determinados tipos penales que protegen bienes jurídicos abstractos o que escapan a la esfera individual (vgr. cohecho, contaminación de aguas, etc.). La norma en cuestión debe rescatar la potencialidad o capacidad de una acción de lesionar o poner en peligro un bien jurídico, así como para aportar a la generación de un proceso peligroso de lesión de un bien jurídico (procesos de acumulación). Existen tipificaciones que justamente no exigen la relación directa entre acción y bien jurídico, como en el caso del cohecho, cuando difícilmente una acción aislada tenga la capacidad de lesionar o poner en peligro un bien jurídico colectivo (v. gr. cohecho, porte de armas, etc

Venezuela

Dr. Jesús Enrique Rincón Rincón

Doctor en Derecho. Juez Penal

Profesor de Derecho Penal General y Especial

Profesor de Postgrado en Derecho Procesal Penal

Introducción

Tradicionalmente la doctrina ha distinguido entre dos tipos de omisión: la omisión pura o simple, también denominada «propia», y la omisión impropia o comisión por omisión. Lo cual nos lleva a la existencia de delitos de omisión pura, delitos de omisión y resultado, y delitos de comisión por omisión (*comissio per omissionem*). Las omisiones impropias serían equivalentes a los delitos de resultado y las propias serían equivalentes a los delitos de mera actividad.

Según MENDOZA TROCONIS, «En la omisión todo es ficción o atribución por carecer de cuerpo de delito. Pero el delito de omisión se traduce en una conducta también, como en la comisión. Puede no haber un elemento físico, pero hay una manifestación de voluntad. Por eso, la doctrina adecuada para explicar la naturaleza de la omisión es la de la acción esperada y exigida»¹. Mendoza cita seguidamente la opinión de VON LISZT, quien afirma que: «El concepto de la omisión supone: que el resultado producido hubiera sido evitado por el acto, que a pesar de ser posible por el autor, y esperado por nosotros, fue omitido por éste»².

En la comisión por omisión se da una interesante dualidad, por una parte, la equivalencia entre acción y omisión por la aplicación de una cláusula interpretativa de equiparación, en donde el comportamiento omisivo debe equivaler a su causación, y, por otra parte, la infracción de un especial deber formal (jurídico) y el criterio del actuar precedente o injerencia. En estos supuestos, quien omite tiene o ha asumido una posición de garante, por lo cual no puede eludir el deber en que se encuentra y debe necesariamente actuar. Algunos consideran a la comisión por omisión una figura intermedia entre la omisión y la comisión.

El ámbito de aplicación de la comisión por omisión es limitado, ya que se refiere únicamente a aquellos casos en que quien omite actuar esté infringiendo un especial deber jurídico, no una situación genérica de deber ciudadano (omisión propia), sino en una posición específica de garantía, que haya sido especialmente asumida por el garante (omisión impropia).

Como señala Rodríguez Morales, «es posible afirmar que los delitos de omisión impropia son una suerte de delitos especiales, por cuanto sólo quienes tengan una 'posición de garante' podrán cometerlos, como quiera que el deber atañe a tales garantes y no a la generalidad de las personas, a diferencia de lo que ocurre respecto a los delitos de omisión propia o simple omisión»³.

De esta forma, la posición de garante es indispensable en los delitos de comisión por omisión, y se configura cuando una persona se encuentra en una especial situación de responsabilidad en relación con determinadas personas, en razón de la cual tiene un particular deber de actuar para impedir que el resultado lesivo llegue a producirse. De no actuar el garante en la forma debida y esperada, la ley equipara su omisión de actuar a una verdadera acción punible causante del hecho, por lo tanto, se le considera responsable de la lesión o daño que se haya producido y, en consecuencia, se estima que es merecedor de la misma sanción penal que la norma tiene reservada para el autor del delito.

De esta manera, una comisión mediante una omisión ocurre cuando alguien, a través de una omisión que equivalga a un comportamiento activo, permite que se ocasione un daño a un bien jurídico que estaba obligado a proteger. Como señala Arteaga Sánchez, «realizar algo o producir un resultado omitiendo la conducta debida, constituye una acción en cuanto a la producción del resultado, aunque éste se obtenga por una omisión»⁴. Similar opinión tiene Mendoza Troconis, ya que para él «Un hacer puede cometerse omitiendo»⁵, dando dos ejemplos, el tradicional, de la madre que mata al hijo recién nacido no dándole de amamantar, y el del cirujano que deja de seguir practicando la intervención quirúrgica al paciente.

Destaca igualmente Arteaga, que en los delitos de comisión por omisión, además de la relación de causalidad que debe existir entre la omisión y el causamiento material del resultado, por el no cumplimiento del deber que imponía la norma, también es indispensable que «tal omisión debe constituir la violación de un deber»⁶ y que, por supuesto, «debe tratarse de un deber jurídico y no simplemente moral, esto es, de un deber impuesto por el ordenamiento jurídico y fijado, como lo señala Antolisei, para impedir resultados como el que se ha verificado, de tal manera que el sujeto haya sido constituido garante para impedir el resultado dañoso concreto»⁷.

La obligación de actuar puede estar expresamente establecida en una norma legal, sea en una ley, reglamento, decreto, sentencia, contrato, acuerdo o cargo, pero también puede ser consecuencia de la obligación que surge por haber dado el sujeto obligado origen al peligro de que se pueda causar un resultado dañoso. Como ejemplo de ello, se cita el caso del deber que tiene de impedir el incendio, por parte de quien ha lanzado un fósforo encendido en un depósito de materiales inflamables.

Sin embargo, hay quienes, como Jiménez de Asúa, consideran «que el deber de actuar puede surgir no sólo de las fuentes mencionadas, sino también del hecho de vivir en sociedad o de la convivencia, la cual puede transformar en exigible un deber que en épocas excesivamente individualistas sólo revestiría carácter moral».

De tal manera que, para efectos de este trabajo, poco importa el concepto que se tenga de la omisión, que, desde un punto de vista normativo y según las distintas teorías, puede ser: a) un *aliud agere*, es decir, un «hacer dis-

tinto»; b) un *nihil faciens*, que consiste en «permanecer en estado de quietud o de inercia»; o c) un *'non facere quod debetur'*, esto es, «la ausencia de la acción debida o esperada», ya que lo realmente relevante es determinar si quien se encontraba en situación de garante evitó o no el resultado lesivo, o, si, al menos, realizó los intentos necesarios para tratar de evitarlo.

El Estado también puede, en oportunidades, encontrarse en situación de garante de algunos ciudadanos, ejemplo de ello es el artículo 43 de la Constitución Nacional de Venezuela de 1999, norma que coloca al Estado venezolano en la posición de garantizar la seguridad de los ciudadanos que se encuentren detenidos o bajo su control, ya que consagra expresamente que «...El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier otra forma»⁸. Mediante esta disposición constitucional, la obligación general del Estado venezolano de ofrecer seguridad a todos los ciudadanos, se hace aún mucho mayor con respecto a quienes se encuentren en esas especiales situaciones. Cuestión que es lógica y razonable, ya que no se justifica que las vidas y la integridad física de personas que se encuentran encerradas, detenidas o sometidas a alguna medida de privación, dentro de recintos penitenciarios y centros de reclusión del Estado, no sean adecuadamente protegidas por éste. No obstante la existencia de dicho mandato constitucional, en las cárceles venezolanas son asesinados cientos de reclusos anualmente.

Regulación de la comisión por omisión en la legislación penal venezolana

La comisión por omisión no se encuentra expresamente regulada en el Código Penal venezolano, sin embargo, desde hace más de 130 años, específicamente desde el Código Penal de 1873, existe una disposición en dicho instrumento sustantivo (actual artículo 61), que contempla la figura de la «omisión». Dicho artículo 61 textualmente dice así:

«Artículo 61.—Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u **omisión**.

El que incurre en faltas, responde de su propia acción u **omisión**, aunque no se demuestre que haya querido cometer una infracción de la ley.

La acción u **omisión** penada por la ley se presumirá voluntaria a no ser que conste lo contrario»⁹. (Los subrayados y las negrillas han sido agregados).

Por otro lado, aunque el Código Penal venezolano vigente proviene del Código Penal italiano de 1889 (Código de ZANARDELLI), en relación con el último aparte del artículo 61, o sea, la parte *in fine* de dicho artículo, ésta fue tomada textualmente del Código Penal español (antiguo artículo 1º), e incorporada en el Código de 1873, per-

maneciendo allí desde entonces. Por lo tanto, el legislador venezolano de 1897, adoptó el modelo italiano para el encabezamiento y el primer aparte de dicho artículo 61, pero le agregó del Código Español la disposición contenida en el último aparte del mismo.

Ha habido mucha discusión sobre la correcta interpretación que debe dársele a la parte *in fine* del artículo 61 del Código Penal, que, como ya antes se indicó, dispone que «La acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria a no ser que conste lo contrario». Algunos tratadistas, como GRISANTI AVELEDO¹⁰, han considerado que esta disposición consagra la presunción de dolo, incluyendo al dolo eventual¹¹, otros, como ARTEAGA SÁNCHEZ y Jorge Rogers LONGA, estiman que lo que consagra es única y exclusivamente la voluntariedad o intención de la acción u omisión, que es algo muy distinto. Por ello, en relación con la interpretación y alcance de la intención o voluntariedad en la realización de una acción o de una «omisión», prevista en el mencionado artículo 61, encontramos diversidad de opiniones, no existiendo todavía uniformidad en la doctrina venezolana.

Según ARTEAGA SÁNCHEZ, «tal voluntariedad se da en todos los casos de omisiones, inclusive en la omisión culposa, en la que cabe hablar de voluntariedad en cuanto depende de la voluntad del sujeto el omitir el cuidado debido o el no prestar la atención que le imponen sus deberes»¹², coincidiendo en este aspecto con PETROCELLI, a quien cita al afirmar que la voluntariedad «se da no sólo cuando se manifiesta un poder activo de impulso o de inhibición, sino cuando el sujeto omite tener pronta o despierta su voluntad en orden a realizar en el momento oportuno el acto debido»¹³.

Longa estima que «No se trata de una presunción de dolo, sino de la presunción de la voluntariedad de la acción u omisión, presunción de voluntariedad de la causa mas no del resultado. El dolo, la intención no se presume en nuestro ordenamiento jurídico penal»¹⁴.

Para aclarar este punto, considero procedente citar la opinión del propio ZANARDELLI, quien fue el responsable principal de la redacción del referido Código Penal italiano, el cual, en su honor, es recordado con su nombre. ZANARDELLI expresa lo siguiente:

«Resulta superfluo demostrar que la voluntariedad de la acción o de la omisión debe estar presente en todo hecho punible, doloso o culposo, delito o falta. Involuntario será el efecto lesivo en el delito culposo; por ejemplo, la muerte de un hombre; pero voluntaria debe ser la acción u omisión de la cual derivó el evento letal. Y así, en la falta, el hecho que constituye el elemento material de la infracción puede ser cometido sin ningún malvado propósito, pero debe exigirse siempre que el culpable haya actuado con ciencia y consciencia del hecho propio: el cochero al que se le van de la mano los caballos, el viajero que sin saberlo lleva en su equipaje un objeto prohibido, y así sucesivamente, no podrán jamás ser incriminados. Por lo tanto, este principio de la voluntariedad de la

acción u omisión queda sobreentendido en el marco del ordenamiento»¹⁵.

Considero adecuada la posición de ZANARDELLI, compartida también por ARTEAGA SÁNCHEZ, quien, en este sentido, afirma «Como conclusión de lo expresado, pues, creemos que en forma alguna se puede hablar en nuestro derecho positivo de una presunción de dolo; presunción de voluntariedad si, presunción de voluntariedad de la causa; pero no presunción de dolo o presunción de voluntariedad del resultado. El dolo, la intención, no se presume en nuestro Código Penal, y así, en cada caso, como claramente se ha sostenido en una sentencia de Casación de 1954, tiene que ser comprobado en el proceso»¹⁶.

Algunas de las disposiciones más relevantes del Código Penal venezolano, que expresamente establecen la omisión de actuar como un delito, son los artículos 207, 238 y 438; el primero sanciona a todo funcionario público que, teniendo conocimiento de la perpetración de algún hecho punible, «omita o retarde indebidamente dar parte de ello a la autoridad», el segundo penaliza a «Todo individuo que llamado por la autoridad judicial en calidad de testigo, experto, médico, cirujano o interprete, se excuse de comparecer sin motivo justificado» y el tercer artículo castiga la omisión de ayudar y socorrer «a una persona herida o en una situación peligrosa», así como la omisión de «dar el aviso inmediato del caso a la autoridad o sus agentes», tanto en esos casos como cuando se encuentre «abandonado o perdido a algún niño menor de siete años o a cualquier otra persona incapaz».

Para MENDOZA TROCONIS «encuéntanse tipificados como delitos de omisión en el código penal venezolano los contenidos en los Arts. 130, 131, 133, 180, 181, 199, 207, 208, 209, 218, 234, 266, 330, 437, 438, 439, y muchas faltas»¹⁷.

La Comisión por omisión en otras leyes penales venezolanas

La **Ley Orgánica Contra el Tráfico y el Consumo Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas**¹⁸, la cual tipifica como uno de los Delitos contra la Administración de Justicia en la Aplicación de esa Ley, entre otros, cuando el Juez «omita o rehúse decidir, so pretexto de oscuridad, insuficiencia, contradicción o silencio de esta Ley» (art. 54), sancionándolo con una pena de uno a dos años de prisión, previendo también dicho artículo que, «Si obrare por un interés privado, la pena se aumentará al doble». Dicha norma también dispone que «El Tribunal Supremo de Justicia, a través de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, tomará las provisiones necesarias para destituirlo». Sanciones similares a las previstas en contra de los Jueces se señalan para los Fiscales del Ministerio Público que «no interpongan los recursos legales o no promuevan las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos, a la rectitud de los procedimientos, al cumplimiento de los lapsos procesales y a la protección debi-

da al imputado, en las causas relativas a la materia de drogas» (art. 56 *eiusdem*), castigándolos con «prisión de dos a cuatro años e inhabilitación para el ejercicio de sus funciones y profesión por igual tiempo, después de cumplida la pena».

Esta ley contra las Drogas prevé también sanciones en contra de «los funcionarios de los órganos de investigaciones penales, expertos, directores de internados judiciales, carcelarios, penitenciarios, correccionales, así como alguaciles que, dolosa o negligentemente,...violando disposiciones legales o reglamentarias omitan, incumplan o retarden un acto propio de sus funciones...» (Art. 58 *eiusdem*). Así mismo, el artículo 88 *eiusdem*, establece la obligación de todos los ciudadanos de «colaborar en la prevención de los delitos y consumo ilícito de las sustancias a que se refiere esta Ley...», como un deber que no pueden omitir.

Todas estas disposiciones parcialmente transcritas de la ley contra las drogas, son copia fiel y exacta de conductas omisivas que ya se consideraban punibles, ya que se encuentran tipificadas como delitos en otras leyes, como es el caso de la vigente **Ley Contra la Corrupción**¹⁹.

Por otra parte, los artículos 22, 23 y 24 de la derogada Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia, contemplaban como delito, la omisión de los patronos o autoridades superiores de tomar medidas e implementar correctivos en caso de acoso sexual por parte de subalternos, la omisión de dar aviso a los organismos competentes por parte de los profesionales de la salud que atiendan a las víctimas y la omisión de tramitar debidamente la denuncia por parte de algún funcionario que le corresponda hacerlo. La vigente **Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia**²⁰, que sustituyó a la anterior, mantiene disposiciones similares en los artículos 57, 58 y 59. Igualmente, dicho texto legal establece en el artículo 51.1, que «No atender oportuna y eficazmente las emergencias obstétricas», por parte del personal de salud, constituye uno de los actos constitutivos de violencia obstétrica. Así mismo, el artículo 54 *eiusdem* sanciona a «Quien en el ejercicio de la función pública, independientemente de su rango, retarde, obstaculice, deniegue la debida atención o impida que la mujer acceda al derecho de la oportuna respuesta en la institución a la cual acude, a los fines de gestionar algún trámite relacionado con los derechos que garantiza la presente Ley...».

Por su parte, la **Ley Contra los Ilícitos Cambiarios**²¹, establece en sus artículos 4, 5 y 15, que no se puede omitir la obligación de declarar las divisas extranjeras, cuando el monto sea superior a diez mil dólares americanos (US\$ 10.000,00), sancionando dicha omisión como una infracción administrativa, con multa del doble al equivalente en bolívares del monto omitido.

La **Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada**²², en su artículo 43, considera a los bancos, empresas, personas naturales e instituciones financieras, como 'sujetos obligados', por lo cual no pueden omitir la información que les soliciten las autoridades competentes, «tales

como cantidad y tipo de divisas involucradas, identidad del cliente, fecha de transacción, archivo de cuenta, correspondencia de negocios, autorizaciones y otros datos que las mismas consideren necesarios» (art. 48). Igualmente, de conformidad con los artículos 49, 50 y 51 de esta Ley, los 'sujetos obligados' deben estar atentos, establecer mecanismos, examinar y reportar cualquier 'actividad sospechosa' de que los fondos, capitales o bienes involucrados en una operación, puedan provenir de una actividad ilícita, sin que pueda «invocarse el secreto bancario, ni las reglas de confidencialidad de negocios, ni las normas sobre privacidad o intimidad que estuvieran vigentes...». Por otra parte, según el artículo 52, los empleados de los sujetos obligados por esta Ley «no podrán advertir a sus clientes acerca del suministro de información relacionada con la investigación penal, ni negarle asistencia bancaria o financiera, ni suspender sus relaciones con él, ni cerrar sus cuentas, a menos que haya autorización previa de un Juez competente, so pena de responsabilidad penal», de manera que deberán abstenerse u omitir ejecutar cualquier acción que pudiera poner en aviso al investigado.

Finalmente, es necesario y conveniente señalar que, en la legislación venezolana es únicamente en la **Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA)**²³, donde existe una disposición expresa en relación con la **comisión por omisión**. Así vemos que el artículo 219 de dicho texto legal, establece lo siguiente:

«**Artículo 219. Comisión por Omisión.** *Quien esté en situación de garante de un niño o adolescente, por virtud de la Ley, de un contrato o de un riesgo por él creado, responde por el resultado correspondiente a un delito de comisión.*»

Esta norma constituye un primer paso para que definitivamente se incorpore al Código Penal y al resto de la legislación penal venezolana, la figura de la comisión por omisión, visto que la analogía no es permitida en el Derecho Penal, y que, aún en el caso de que si estuviera aceptada su implementación, ese no sería el camino adecuado para hacerlo, por violentar el principio de legalidad.

Además de las leyes penales antes mencionadas, también se han promulgado en los últimos años otras leyes civiles y laborales, que, sin embargo, contienen sanciones penales y criminalizan omisiones, tal es el caso de la **Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo**²⁴. Esta Ley califica algunas omisiones como infracciones graves y muy graves (ver artículos 119 y 120), castigando en la Disposición Transitoria Novena con prisión de uno a dos años, a «quien estando obligado por esta Ley a informar al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, de la ocurrencias de un accidente de trabajo en el cual haya fallecido un trabajador o trabajadora, no lo hiciere inmediatamente». De tal manera que, según esta disposición, no basta con que se informe a las autoridades policiales o al Ministerio Público de la ocurrencia de un accidente laboral, sino que la simple omisión de informar al citado Instituto, «inmedia-

tamente», constituye delito, lo cual me parece un exabrupto y un abuso.

Jurisprudencia

Al no existir una disposición clara y precisa sobre la comisión por omisión en el Código Penal, ya que, como antes se indicó, la única previsión expresa se encuentra en la LOPNA (art. 219), y su aplicación está limitada solamente a niños y adolescentes, son muy escasas y escuetas las Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en relación con la comisión por omisión, por lo cual dichas sentencias no aportan definiciones, criterios o soluciones jurisprudenciales a los problemas que se están presentando. No obstante ello, podemos señalar que se encuentran algunas menciones sobre la omisión y sobre la comisión por omisión en las siguientes Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela: en la n.º 517 del 01-06-2000; en la n.º 952 del 29-04-2003; y en la n.º 366 del 01-03-2007.

CONCLUSIÓN

La protección de los más importantes bienes jurídicos, como son la vida, la integridad física y la libertad de las personas, así como la garantía del ejercicio y el respeto de los principios fundamentales establecidos en la Constitución, especialmente de los derechos humanos, civiles, políticos, sociales, culturales y económicos de los ciudadanos, exige que se modernice y actualice nuestra legislación penal, especialmente en lo atinente a la comisión por omisión, para que se prevea expresa y claramente cuales omisiones deben ser sancionadas, y, sobre todo, cuales de esas omisiones deben ser asimiladas a actos comisivos, estableciendo las circunstancias y motivos cuando esto puede ocurrir, especificando cuales son las fuentes que pueden originar que ciertas personas puedan encontrarse en un momento determinado en situación o posición de garante, así como el alcance legal de esa obligación especial de actuar, para evitar que suceda la lesión del bien jurídico que debe ser protegido.

En un Estado «democrático y social de Derecho y de Justicia», como lo es Venezuela, de acuerdo al artículo 2 de la Constitución Nacional de 1999, donde se establecen como principios y valores supremos del pueblo venezolano, entre otros, **la solidaridad y la responsabilidad social** que deben tener sus habitantes con sus semejantes, como seres humanos que somos todos, especialmente en momentos de apuros y de necesidad. Por ello, no se justifica que todavía exista un vacío legal en relación con los delitos de comisión por omisión, siendo que es en este tipo de conductas donde precisamente se puede evidenciar en mayor medida, la vigencia o no de esos principios y valores dentro de la sociedad, con miras a alcanzar el mayor bienestar social posible para todos.

En consecuencia, es indispensable que, a la brevedad posible, se incorporen a la legislación penal venezolana las normas necesarias y pertinentes, que regulen adecuadamente esta institución tan importante para el desenvolvimiento humano y social de una nación, como lo es la figura de la comisión por omisión, tal y como se ha implementado en otros países con excelentes resultados.

Notas

1. MENDOZA TROCONIS, José Rafael, *Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General*, Tomo I, Ed. Librería Destino, Caracas, pp. 348 y 349.
2. VON LISZT, Franz. Tomo II, No. 30, pág. 303. Citado por Mendoza Troconis, ob. cit., p. 349.
3. RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro, *Síntesis de Derecho Penal Parte General*, Ediciones Paredes, Caracas, 2006, p. 220.
4. ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto, *Derecho Penal Venezolano*, Novena edición, McGraw-Hill, Caracas, 2001, p. 160.
5. Ob. cit., p. 349.
6. P. 176.
7. Pp. 176 y 177.
8. *Gaceta Oficial* n.º 5.453 de fecha 24 de marzo de 2000.
9. Código Penal. Ley de Reforma Parcial publicada originalmente en la *Gaceta Oficial* n.º 5.763 de fecha 16 de marzo de 2005, reimpresa por discrepancias y errores en numerosos artículos, en la *Gaceta Oficial* n.º 5.768 del 13 de abril de 2005. Esta reforma parcial del Código Penal es mayoritariamente considerada como desacertada.
10. GRISANTI AVELEDO, Hernando, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Décimo séptima edición, Vadell Hermanos Editores, Caracas, Marzo 2007, pp. 495.
11. Este criterio tiene entre sus seguidores más relevantes al Dr. Alejandro Angulo Fontiveros, Magistrado actualmente jubilado, quien fue Presidente de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia y autor de algunas memorables Sentencias donde se aplicó la figura del dolo eventual.
12. P. 162.
13. P. 163.
14. LONGA, Jorge Rogers, *Código Penal Venezolano Comentado y Concordado*, 1.ª Ed. Distribuciones Jurídicas Santana, San Cristóbal (Venezuela), 2000, p. 142.
15. Autor citado en el Volumen I del *Código Penal de Venezuela*, publicado por el Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela, 3ra. Edición, Caracas, 1997, p. 530.
16. Autor citado en el Volumen I del *Código Penal de Venezuela*, publicado por el Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela, 3ra. Edición, Caracas, 1997, pp. 171-175.
17. Ob. cit., p. 350. Algunos de estos artículos variaron en su numeración con las reformas que han tenido el Código Penal actualmente vigente.
18. Publicada en la *Gaceta Oficial* n.º 5.789 de fecha 26 de octubre de 2005.
19. *Gaceta Oficial* n.º 5.637 de fecha 7 de abril de 2003. Ver art. 83 y siguientes.

20. *Gaceta Oficial* n.º 38.647 de fecha 19 de marzo de 2007, reimpresa por error material en la *Gaceta Oficial* n.º 38.668 de fecha 23 de abril de 2007.

21. *Gaceta Oficial* n.º 38.272 del 14 de septiembre de 2005. Muchos consideran que esta ley ya no se justifica.

22. *Gaceta Oficial* n.º 38.281 de fecha 27 de septiembre de 2005. Esta ley ha sido duramente criticada.

23. *Gaceta Oficial* n.º 5.266 Extraordinario de fecha 2 de octubre de 1998.

24. *Gaceta Oficial* n.º 38.236 de fecha 26 de julio de 2005.

México

Manuel Vidaurri Arechiga

*Departamento de Investigaciones Jurídicas,
Universidad de Guanajuato, México*

El primer y segundo párrafo del artículo 7 del Código Penal Federal (CPF), reformado en 1994, establecen textualmente lo siguiente:

Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

Un dato legislativo puede resultar interesante para comprender las razones que llevaron a la comisión legislativa respectiva a impulsar la reforma de 1994, con la adición del párrafo segundo del artículo 7 del CPF. El legislador señaló:

Se propone adicionar un párrafo al actual artículo 7 del Código Penal, para establecer la base del delito de omisión impropia o también llamado de Comisión por Omisión. Lo anterior, en virtud de la opinión abundante en la doctrina, de que es violatorio del principio de legalidad el aplicar una pena al que no evita la producción de un resultado típico, toda vez que la forma de realización omisiva con excepción de los casos de omisión propia no está descrita en la ley. Por otra parte, es característico en este tipo de hechos, que la producción del resultado típico solo puede ser atribuido al que tenga «la calidad de garante» y no a cualquiera, que deriva del deber que tiene una persona en concreto de cuidar o garantizar que determinado bien jurídico no sea lesionado o puesto en peligro. En la fórmula que se propone se señala que dicho deber puede fundarse en la ley, en un contrato o en el propio actuar precedente del omitente. Se precisa, asimismo, que

esta situación solo es admisible en los delitos de resultado material.

Claramente nos estamos refiriendo en este reporte al concepto normativo de omisión, de ahí que con base en la transcripción hecha de los dos primeros párrafos del artículo 7 del CPF desprendemos que el acto y la omisión son las únicas formas en las que puede manifestarse la conducta humana que pudiera ser calificada como delito. La acción penalmente entendida, de acuerdo con la expresión legal referida, se compone a la manera de especies de ésta en acción u omisión. En tal sentido, la doctrina nacional entiende que el acto consiste en una actividad «positiva», en un hacer lo que no se debe hacer, en suma realizar un comportamiento que quebranta la norma que lo prohíbe. Por su parte, la omisión consiste en una actividad «negativa», en un dejar de hacer lo que se debe hacer, es decir, desobedecer o no atender aquello que la norma manda hacer. Por supuesto, tanto acto (acción) como omisión son manifestaciones de la voluntad que producen transformaciones o cambios en el mundo de la realidad; consideradas desde el punto de vista de la legislación penal, acción u omisión son conducta humana que lesiona o pone en riesgo bienes jurídicos.

Se entiende claramente por la doctrina mexicana que ni los movimientos reflejos, ni los accidentales, el pensamiento, las ideas o las intenciones pueden ser consideradas formas de acción *stricto sensu*, ya que acción solo es un hacer efectivo, corporal y voluntario. La omisión, por el contrario, supone un no hacer activo, corporal y voluntario, teniendo el deber de hacerlo o cuando se tiene el deber de no omitirlo, causando con tal proceder un resultado jurídico penalmente reprochable. Obviamente, no configuran omisiones penalmente significativas aquellas inactividades forzadas por un impedimento legítimo ni todas las que no estén consignadas (tipificadas) en la ley penal.

Por lo que hace a la omisión suele hablarse de que ésta puede ser material y espiritual. En el primer caso, la denominada omisión material, tenemos que da lugar a los llamados delitos de simple omisión (delitos de omisión propia) y a los delitos de comisión por omisión (delitos de omisión impropia). La llamada omisión espiritual da lugar a los delitos realizados bajo el esquema de la imprudencia o no intencionales.

En relación con la comisión por omisión, también denominada omisión impropia, cabe señalar que tanto el CPF como muchos otros códigos penales de las entidades federativas de la república mexicana, señalan sanciones para aquellas conductas que encuadren en esta categoría, partiendo básicamente del hecho que el agente pudo evitar el daño al bien jurídico o ponerlo en peligro.

Coincidimos con quienes desprenden del artículo 7 del CPF las siguientes consideraciones:

Es punible la conducta omisiva del agente que, pudiendo y debiendo evitar un daño típico cometido por otros, no lo haga.

El agente será castigado si tenía el deber jurídico de actuar (posición de garante) ya sea por disposición legal, por virtud de un contrato o por un actuar precedente.

La comisión por omisión solo será punible cuando al no evitar la consumación del ilícito se produzca el daño material.

Así, en el precepto del artículo 7 del CPF se fijan las bases de acuerdo con las cuales se pretende sancionar no solo a las autoridades, sino que también a los particulares, que se conduzcan con indiferencia o apatía al no intervenir para impedir la comisión de un delito. Se trata pues de salvaguardar el principio de solidaridad social, a que se refieren algunos autores (BERDUGO, ARROYO, FERRÉ y otros), mismo que permite responsabilizar al sujeto que omite realizar determinada prestación conducente a la salvaguarda de un bien jurídico, o que no impida la producción de un resultado típico estando obligado a ello.

Se asume por parte de la doctrina mexicana que, por razones de técnica legislativa, no siempre se tipifican y sancionan los llamados delitos de comisión por omisión, como sucede con los delitos de omisión propia, dejando que sea la interpretación judicial la que determine, apoyándose en medios instrumentales extraídos del ordenamiento jurídico total, aquellos casos en que una omisión tiene valor y alcance de un medio comisivo de violar una norma penal, y, por tanto, puede ser subsumida en un tipo penal punitivo que sanciona la producción de un resultado. Así, tenemos que para saber si un delito de acción puede igualmente ser cometido por una omisión, dando lugar a un resultado material por omisión, debe estarse a la naturaleza del precepto prohibitivo, y también es de concluirse que, por excepción, los códigos penales hacen referencia a los delitos de comisión por omisión.

El agregado de 1994, referente al deber de actuar y al deber de abstenerse, obliga a tener presente algunas consideraciones en torno a los siguientes tres supuestos legales:

Deber derivado de un precepto jurídico. Este supuesto implica que al no cumplirse con el deber jurídico se viola una norma preceptiva que puede o no ser de naturaleza penal. La violación de estas normas preceptivas no es lo que constituye delito sino que es el medio para realizar el hecho previsto por la norma penal como tal.

Deber derivado de una obligación, de una anterior aceptación del deber de obrar. En estos casos hay una obligación de obrar, es decir, de realizar la acción esperada, por virtud de una anterior aceptación del deber de actuar basada en un negocio jurídico, especialmente sobre la base de un contrato.

Deber derivado de un actuar precedente. Cuando el deber de obrar o actuar deriva de una precedente actividad propia pueden presentarse dos hipótesis: cuando una acción puede lesionar intereses jurídicos de terceros, o aumentar el peligro en que ya se encontraban; casos en los que el sujeto está obligado o tiene el deber de adoptar medidas necesarias para evitar infortunios. Se requiere que tal actuar no sea doloso.

Por otra parte, desde el ámbito jurisprudencial son varios los criterios que han venido adoptándose en el contexto de la aplicación del derecho penal en México. Al caso, podemos mencionar las siguientes:

DOLO EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN DE UN DELITO. PARA QUE EXISTA ES NECESARIA LA DECISIÓN DEL AUTOR DE PERMANECER INACTIVO. *Para que exista dolo en un delito por omisión, el autor tiene que, por una parte, conocer por lo menos la posibilidad de una intervención que impida la producción del resultado y, por otra, tener la disposición de asumir la lesión del bien jurídico como consecuencia del propio comportamiento; de otra manera faltarían los elementos característicos del dolo, es decir, conocimiento y voluntad. En este sentido, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, cuando no está probado en autos la decisión por parte del ahora quejoso (voluntad) de dejar que las cosas sigan su curso a la vista de una evolución peligrosa, verbigracia, dejar todos los días las averiguaciones previas que tiene a su cargo en la oficina, en condiciones que denoten la probabilidad de su pérdida por no haber un lugar especial donde puedan guardarse. En tal supuesto, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, a lo sumo es posible deducir que el quejoso produjo el resultado típico que previo confiando en que no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado, porque al no representarse al borde de la conciencia la acción ordenada, resulta evidente la falta de decisión.* **SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.** Amparo Directo 582/2000, 15 de mayo de 2001.

Finalmente, en la doctrina mexicana suele presentarse por muchos de sus autores, la siguiente distinción entre los delitos de simple omisión y los de comisión por omisión:

Con la simple omisión se viola una norma preceptiva penal. En los delitos de comisión por omisión, se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva.

En los delitos de omisión simple existe un resultado típico y en los de comisión por omisión, un resultado típico y material.

En la omisión simple, lo que se sanciona es la omisión, a diferencia de los de comisión por omisión, en los que se sanciona no la omisión en sí, sino el resultado producido por ésta. En otros términos, en los delitos de omisión simple, el delito lo constituye la violación de la norma preceptiva (penal); en tanto que en los de comisión por omisión, lo constituye la violación de la norma prohibitiva.

El delito de omisión simple es un delito de mera conducta y el de comisión por omisión es de resultado material.

Bibliografía

DÍAZ ARANDA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Porrúa, México, 2003.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, duodécima edición, 1989.

VERGARA TEJADA, José Moisés, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Ángel, México, 2002.