

Comisión por omisión e imputación del resultado

Federico José Pagliuca¹

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto realizar un humilde aporte relativo a la fundamentación de la imputación del resultado en los delitos conocidos como de comisión por omisión u omisión impropia, más precisamente con qué grado de probabilidad es exigible que la hipotética acción hubiera evitado el resultado para que este sea imputable. En este sentido, no resulta posible dar una nueva solución al conflicto sino que nuestra ínfima contribución consistirá en dar a una de las soluciones ya propuestas por la dogmática un sustento legitimador distinto que igualmente puede extraerse de aplicar las consecuencias sistemáticas de ciertos planteamientos meta-positivos que creemos acertados.

No obstante lo dicho, la figura de la comisión por omisión, a diferencia de otras construcciones dogmáticas, no cuenta con una basto campo de “suelo firme” sobre el cual erigir postulados con consecuencias. Así, se encuentra discutido en la ciencia jurídico penal argentina su constitucionalidad, estructura, posibles formas de aparición, determinación de a qué tipos es aplicable, entre tantas diferencias en las que se ve inmersa la silueta de la omisión impropia.

Por ello, nos encontramos obligados a tratar, eso sí tangencialmente y en algunos casos sin ofrecer soluciones, algunas cuestiones que resultan fundamentales para brindar una explicación acabada del por qué creemos que el resultado se debe imputar de la manera que expondremos en el presente y no otra.

2. Los delitos de comisión por omisión

¹ Abogado adscripto de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires con funciones de instructor judicial en una Unidad Funcional de Instrucción y Juicio del Departamento Judicial de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, cursando la carrera de especialización en derecho penal de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Ayudante de Segunda en la cátedra del Dr. Edgardo Alberto Donna en la Universidad Nacional de Buenos Aires.

En lo poco que existe un cierto acuerdo doctrinario es en determinar en qué consiste la comisión por omisión. Históricamente se ha entendido que la ley penal contiene dos tipos diferentes de normas, las que prohíben determinada conducta y aquellas que ordenan una acción específica. Las primeras se violarían mediante un hacer violatorio de la prohibición y las segundas mediante un no hacer (omisión) violatorio del mandato.

Así, los tipos penales podrían clasificarse en activos u omisivos según que de ellos se desprenda una prohibición o un mandato². También sería posible cometer algunos delitos mediante una acción u omisión según que el verbo típico sea lo suficientemente flexible o que el delito este compuesto por diversos tipos, en donde por lo menos uno prohíba una conducta y otro ordene una acción³.

De esta forma, los tipos activos de resultado castigarían la causación de un resultado en el mundo –su transformación- mientras que los delitos omisivos de resultado reprimirían la no evitación de un resultado.

Ha sido el afianzamiento de esta confusión del plano ontológico con el plano normativo el que ha llevado a errores en los planteamientos sistemáticos de la teoría del delito, intentando encajar, o resistiéndose a ello, institutos dogmáticos incompatibles con las premisas apuntadas.

Así, Frister ha dicho que “distinguir entre actuar y omitir parece no ser problemático. Una acción es la ejecución de un movimiento corporal conducible por la voluntad, y una omisión es su no ejecución. Como regla general, esta sencilla y clara delimitación también lleva a consecuencias correctas. Pero surgen problemas especialmente en los casos en que

² Así prácticamente Welzel, *Derecho Penal, Parte General*, Trad. de Carlos Fontan Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1956, pág. 205-206, cuando explica que: “La forma principal de la comisión del delito es la formación de la realidad a través de un hacer activo. La mayoría de los tipos de delito son tipos de comisión. Su contenido radica en que una buena realidad es invertida en una mala. Tipos de comisión son tipos de prohibición: se prohíbe causar algo malo...a) Como delitos propios de omisión: contra una imposición se omite transformar una realidad mala en una buena...Se trata, por lo tanto, de tipos de imposición: el delito mismo contiene la imposición de un hacer. b) Como delitos improprios de omisión: concreción de tipos de comisión a través del medio omisión...Si el mundo viviera en estado de reposo, sólo podrían cometerse delitos de comisión, a través de un hacer activo, pues entonces solamente por un intervenir positivo podría ser transformado algo bueno en malo. Pero el mundo es un constante devenir. Lo que hoy es bueno, puede invertirse mañana, por sí mismo, en malo. La vida humana activa consiste, en gran parte, en mantener las series de evolución de la vida en sus cauces normales”.

³ Gracia Martín, Luis, Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante), en AAVV, *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología: Congreso Internacional de la Facultad de Derecho de la UNED, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pág. 421-423.*

movimientos corporales son sustituidos por movimientos de maquinarias”, ejemplificando el autor con el caso en que un conductor de un automóvil cause la muerte de un niño, concluyendo que en estos casos la delimitación entre actuar y omitir no debe llevarse a cabo según el proceso de conducción, sino según sus consecuencias⁴.

Solamente así se puede explicar que el conjunto de reglas de imputación reciba el nombre de comisión por omisión u omisión impropia y se las pueda determinar como aquellas reglas que permiten la imputación de un resultado previsto en un tipo activo a una conducta omisiva.

La característica que poseen los delitos denominados activos de resultado es que reprimen cierta modificación del mundo exterior, su transformación, e imputan al sujeto dicho resultado disvalioso, por el cual posteriormente se le reprocha. En estos delitos se castigaría la “causación” de dicho resultado. El delito paradigmático de este tipo es el homicidio contenido en el art. 79 del Código Penal que reprime al que matare a otro, es decir, a quien causare la muerte de otra persona. Sin embargo, lo que no se tiene en cuenta es que la causación reprimida por la norma es de tipo normativa, en otras palabras una conducta – en el término comprensivo de lo que comúnmente se denomina acción y omisión- a la que se le pueda imputar el resultado luctuoso⁵.

Claramente los tipos tienen límites en su posibilidad de abarcar conductas y habrá un conjunto de ellas que ingresarán al ámbito de la delimitación lingüística del tipo y otro tanto que no. Sin embargo, esto no cambia la estructura normativa meta-positiva que se encuentra detrás de la norma de conducta y cuya violación puede realizarse mediante lo que se conoce como una acción, una omisión o la combinación de ambas. La confusión surge, como ya se dijera, de fusionar el ámbito ontológico, en el que solo existen acciones, del ámbito normativo, donde la omisión se erige como la no realización de lo ordenado. Piénsese en el siguiente ejemplo, A le dispara a B con un arma de fuego y lo mata. Aquí todos estaríamos de acuerdo en que A causó la muerte de B mediante una acción y que no existió omisión

⁴ Frister, Helmut, *Derecho Penal, Parte General*, Trad. de la 4ta. Ed. Alemana por Marcelo A. Sancinetti, 1ra. Ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pág. 426-427.

⁵ Coincidente, Luzón Peña, Diego-Manuel, *Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación*, en *Revista de Derecho Penal, 2017-2, Delitos cometidos a través de estructuras estatales y empresariales – II*, Dir. Edgardo Alberto Donna, 1ra. Ed., Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2018, pág. 75-78.

punible en su iter criminis. Muy contrariamente a lo dicho, también es posible considerar que A omitió el mandato que le imponía el derecho de no jalar el gatillo una vez que había apuntado el arma en dirección a B o apuntar hacia otro lado al momento de hacerlo⁶.

En conclusión, las omisiones no existen ontológicamente, con lo que su imputación al lado de una categoría ontológica como la acción resulta errónea. Lo que se imputa es la infracción del deber que surge de la norma y ella puede tomar distintas formas.

Ciertamente, existen tipos que, debido al límite de subsunción lingüístico que poseen, solamente pueden realizarse actuando de determinada manera y otros que conciben el no hacer lo mandado –aunque siempre implicará un actuar no de acuerdo a lo ordenado desde lo ontológico ya que el quedarse inmóvil también es una acción- como únicas formas de su exteriorización⁷, pero ello solamente resulta una cuestión de naturaleza técnica⁸ según la redacción del tipo y no un ámbito delimitable de lo imputable que conlleve reglas de atribución y fundamentos axiológicos diferenciados.

Pawlik lo ha puesto en sus justos términos al decir que la norma expresa: “omite conductas contrarias al deber”⁹. Sin embargo, como bien postula el autor alemán citado y su distinguido maestro, pueden distinguirse dos clases de deberes que poseen reglas de imputación distintas, pero en cuyas infracciones pueden asignarse tanto a una acción o como una omisión, utilizando la terminología de la doctrina tradicional¹⁰.

⁶ Utilizando otros ejemplos Kindhauser, Urs, *La alternativa como estructura de pensamiento en el derecho penal: sobre la causalidad de la omisión*, en *Estudios de Derecho Penal*, coord. Jesús-María Silva Sánchez, Joan Josep Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo, María Teresa Castiñeira Palou, B de F, Buenos Aires, 2017, pág. 652.

⁷ Gracia Martín, op. cit., pág. 419-423.

⁸ Jakobs, Gunther, La omisión: estado de la cuestión, en AAVV, *Sobre el estado de la teoría del delito* (seminario en la Universitat Pompeu Fabra), 1ra. Ed., Civitas, Madrid, 2000, pág. 140.

⁹ Pawlik, Michael, *Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades*, Atelier, Barcelona, 2016, pág. 113.

¹⁰ Pawlik, op. cit., pág. 83-85; Jakobs, Gunther, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación*, Trad. de la 2da ed. Alemana de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de Murillo, 2da ed., Marcial Pons, Madrid, 1991, pág. 948-949. Sin perjuicio de los planteamientos distintos que alcanzan incluso las raíces de sus fundamentaciones, es posible ver elementos comunes en las divisiones que realizan ambos autores. Asimismo, para explicaciones más detalladas acerca de la fundamentación y consecuencias en el ámbito de la teoría del delito de las concepciones mencionadas, debido al objeto del presente, es necesario reemitir al lector a las obras citadas.

La primera clase impone al sujeto que su ámbito de organización, no lesione o traspase la esfera jurídica de terceros protegida jurídico-penalmente¹¹, mientras que la restante requiere que el sujeto haga lo posible por mantener indemne o proteger determinado estado de cosas relativo a un sujeto distinto de sí mismo¹². Si bien la terminología utilizada resulta burda con relación a los planteamientos de los autores citados, ella se utiliza con el objeto de abarcar ambas concepciones y explicar el delito de omisión impropia a través de una perspectiva eminentemente normativa que pueda dar respuesta a la problemática a tratar. Un tipo penal de resultado, en razón de su construcción normativa, permite que la violación de cualquiera de estos deberes se adecue a él, siempre que se cumplan el resto de los requisitos típicos¹³.

Podemos afirmar que los delitos verdaderamente de comisión por omisión son aquellos que se cometen al infringir el segundo grupo de deberes. Entendemos que ello resulta fundamental a la hora de dar una solución a la disputa científica sobre la imputación del resultado.

3. La estructura de imputación de la omisión impropia

La doctrina mayoritaria, en base a las confusiones que acabamos de apuntar, requiere para la imputación de un resultado de un delito activo a una omisión, además de los tradicionales elementos de los delitos omisivos, el resultado, el deber jurídico especial de evitar el mismo, denominado posición de garante y una equivalencia material con la causación activa¹⁴.

¹¹ Pawlik, op. cit., pág. 85, denomina a estos deberes como competencias de respeto del ciudadano; mientras que Jakobs, Derecho Penal, op. cit., pág. 949, denomina a los delitos resultantes de su infracción como delitos de dominio por organización.

¹² Pawlik, op. cit., pág. 93, denomina a estos deberes como competencias de fomento y Jakobs, Derecho Penal, op. cit., pag. 949, les llama delito de infracción de deber.

¹³ Así, Lesch, Heiko Hartmut, *Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2da época, n° 6, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, pág. 270-271, postula que una teoría del delito funcionalista debería contar con tres estratos analíticos: la capacidad de imputación del sujeto, la exteriorización de una voluntad particular, donde se trataría la infracción al deber del sujeto, y el tratamiento penal de esta declaración, donde se requiere “la vinculación de la voluntad particular a una forma externa muy concreta que se determina mediante un tipo penal específico”.

¹⁴ Luzón Peña, op. cit., pág. 59-61.

Asimismo, dichas posiciones han tenido acogida legislativa tanto en España como en Alemania, toda vez que el art. 11 del Código Penal español dispone que “Los delitos 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 equiparará 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”, en tanto al parágrafo 13 del Código Penal alemán expresa que: “(1) 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 produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción. (2) La pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso 1”.

Como mencionamos, ello se debe a una confusión entre los planos normativo y natural y a una inadecuada comprensión meta-positiva de la infracción de deber. Jakobs pone la cuestión en sus justos términos: “La diferenciación entre acción y omisión se desvanece - al ser una simple delimitación de naturaleza técnica - tras la diferenciación entre deber negativo y deber positivo, o entre delito común y delito de infracción de deber. Con ello no se despejan todas las incógnitas, pero al menos resulta claro ante qué problemática nos hallamos; a saber, se trata del contenido de los deberes y no de las cuestiones técnicas mediante las que éstos se cumplen o quebrantan”, agregando que: “Es cierto que el entendimiento de los nuevos tiempos no puede introducir cambios en el hecho de que los individuos muevan su cuerpo o que no lo muevan, y con ello en el hecho de que, como sujetos presociales, persigan algo o no; pero esto no interesa ya per se, sino sólo como detalle técnico que afecta a la prolongación de la Persona, esto es, entidades determinadas por normas cuyo comportamiento no interesa como comportamiento que ocasiona algo o que no lo ocasiona, sino como un comportamiento que contiene significado; desde un punto de vista jurídico-penal se trata del significado bajo la perspectiva de la vigencia de la norma. La dogmática jurídico-penal como explicación de una relación normativa se ha encontrado, por tanto, a sí misma. La dogmática jurídico-penal comienza con la vigencia de la norma, y considera a la Naturaleza interna o externa, o a la conciencia individual -en el mejor de los casos-, como

indicadores de un estado respecto de la vigencia de la norma, pero no como materia jurídico-penal¹⁵.

Por ello, creemos que los delitos de omisión impropia no se diferencian de los delitos de infracción de deber debido a que todos los tipos penales existentes cristalizan una transgresión a un deber en cabeza de los sujetos, cuya infracción da lugar a responsabilidad penal¹⁶ (distinta es la cuestión de las consecuencias que dicha concepción pueda o no tener a la hora de determinar la autoría en un hecho con varios intervinientes).

Nuevamente, puntos de partida que consideramos erróneos dificultan la toma de postura correcta, en tanto se encuentran afianzados en las premisas a priori de la doctrina. La primera, es que una omisión resulta menos grave o, dicho en términos más adecuados, posee menor desvalor de acción, y por ello la facultad de disminuir la pena que prevé el parágrafo 13 del Código Penal alemán para esta constelación de casos. Incluso, Donna llega a decir que se debe recurrir a la equivalencia aunque el desvalor de acto sea menor, como es obvio y de allí que no debiera recurrirse a la misma pena¹⁷. Ahora bien, de donde surge tal obviedad resulta muy difícil de determinar.

Suele decirse que los mandatos, por ordenar una determinada acción, constriñen más la libertad que las prohibiciones, las cuales dejarían un mayor ámbito de libertad al sujeto, quitando una sola de las alternativas de acción de sus posibilidades, por lo que la trasgresión de estas últimas serían de mayor gravedad que una infracción al mandato¹⁸.

Creemos con Pawlik¹⁹, que la trasgresión de las normas –o competencias en la terminología del autor- mediante un hacer activo o un no hacer no posee diferencias

¹⁵ Jakobs, Gunther, *La omisión: estado de la cuestión*, op. cit., pág. 151-153.

¹⁶ En contra, Toradello, Guillermo A., *Delitos de Omisión Impropia. Una mirada crítica acerca de la aplicación de categorías de los delitos de infracción de deber para resolver casos difíciles de comisión por omisión*, en *Revista de Derecho Penal*, 2016-2, Dir. Edgardo Alberto Donna, 1ra. Ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, pág. 15 y sigs., donde en sus reflexiones finales dice específicamente que esta forma de pensar resulta en una visión reductora normativista que margina completamente el sustrato fáctico como dato relevante y punto de partida necesario. También, como a lo largo de toda su investigación y con especial descrédito, Gracia Martín, op. cit., pág. 474, nota 246.

¹⁷ Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General, Tomo VI, Tentativa-Omisión*, 1ra. Ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, pág. 335.

¹⁸ Gracia Martín, op. cit., pág. 459 y sigs., donde el autor pretende dar una explicación desde el punto de vista ontológico, lógico abstracto y axiológico de la diferencia del desvalor de la causación en comparación con el desvalor de la no evitación, no llegando, en nuestra opinión, a resultados satisfactorios debido a que parte de premisas parciales, llegando a conclusiones desacertadas. Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 947 y 1037, en cambio, se pregunta en qué se basa el menor merecimiento de pena de la omisión.

¹⁹ Pawlik, op. cit, pág. 116 y 121.

axiológico-normativas, máxime “cuando se advierte que los deberes que nacen tras una asunción efectiva, los deberes del tráfico, o los que surgen tras una injerencia son también manifestaciones de la prohibición general de no dañar”²⁰.

Ciertamente una brutal golpiza a un hijo que causa un sufrimiento máximo y culmina con la muerte del menor quizás merezca mayor pena que la conducta de quien no alimenta a su hijo con el fin de que este fallezca por inanición. Sin embargo, los tipos penales prevén distintos grados de reproche por conductas que los violan precisamente en la existencia de las escalas penales. Por ello, los ejemplos apuntados no se diferencian de aquellos homicidios que merecen mayor pena respecto de otros según el contexto, las formas de su realización y la culpabilidad de los intervinientes. De esta forma, quien comete un homicidio con dolo eventual merece en principio menor pena que aquél que lo comete, *ceteris paribus*, con dolo directo. Pero ello no quita a la conducta menos reprochada su carácter violatoria de la norma que se extrae del tipo penal del art. 79 del Código Penal.

Nuevamente, el problema se ha alejado de su origen. La dificultad radica aquí, siguiendo las teorías tradicionales, en la extensión desmesurada de la posición de garante a todo obligado de evitar un resultado. Precisamente, una cuestión es cuando alguien se haya jurídicamente obligado a evitar un resultado y, una muy distinta, cuando el incumplimiento de dicha obligación generará responsabilidad penal por el resultado. Otra cuestión también importante es saber si la responsabilidad que se generará será equivalente a la de la causación activa del resultado o una más leve. Cuando cualquier deber de actuar se eleva hasta la protección penal, la limitación debe buscarse en otro lugar. La extensión de la posición de garante, cuya denominación debería reservarse para aquellos obligados cuyo incumplimiento los hará pasible de una sanción penal de comisión por omisión, disuelve los límites del derecho penal con las otras ramas y con la moral, cuando lo importante pasa por hasta qué punto puede el Estado exigir penalmente el cumplimiento de sus obligaciones a los ciudadanos y cómo debe castigar cada incumplimiento.

Por otro lado, también se debe prestar atención a qué resultados caen dentro del ámbito de imputación a un deber. Así, no sería racional establecer reglas de imputación de los resultados cometidos por personas condenadas que sean beneficiarias de algún instituto que permita la libertad anticipada, al magistrado que aprobó dicho beneficio mientras este

²⁰ *Ibidem*, pág. 116.

dure. Sin embargo, en construcciones donde solamente importa la obligación, no sería raro encontrar planteamientos de ese tono en un futuro próximo.

Si bien aquí no puede brindarse una solución al problema identificado, dado que ello conllevaría un análisis más profundo y una carga de fundamentación mucho más extensa que la que puede brindarse aquí, si podemos esgrimir dos líneas que deberían orientar la solución.

En primer lugar, como dijimos, no todos pueden ser garantes. La restricción del círculo de posiciones de garantes se observa como fundamental a la hora de resolver los distintos casos planteados por la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la imputación de resultados o por lo menos su diferenciación en cuanto a unos puede imputárseles el haber “causado” el resultado mientras que a los restantes no²¹. La solución debería buscarse en el ámbito de las competencias.

En segundo lugar, no todo garante está obligado de evitar cualquier forma de producción de un resultado. Existen riesgos de producción de resultados que se encuentran dentro del riesgo permitido y por ellos, aun cuando se haya producido el resultado típico, no es posible responsabilizar a los garantes. Lo mismo sucede con aquellos riesgos cuya previsión no resulta exigible al agente. En este sentido, significa un avance muy importante el trabajo de Luzón Peña, en cuanto al análisis de los criterios de imputación en las constelaciones de casos en que existe un riesgo o peligro que se tiene socialmente por controlado y que se descontrola debido a la omisión del garante²². Creemos que la solución se encuentra en este camino. No obstante, los puntos de partida del autor citado son los de la doctrina tradicional y, por ello, no pueden compartirse.

4. La imputación del resultado a la omisión impropia (imputación a la violación del deber de garantía)

Hasta ahora hemos realizado apuntes sobre algunas cuestiones relativas a la dogmática de la comisión por omisión que, en razón de su brevedad, pecan de defectos de fundamentación. Sin embargo, atento el objeto del presente, no es posible tratar los mismos

²¹ Así, Luzón Peña, op. cit., 203-207, distingue entre delitos de comisión por omisión de las omisiones propias de garantes, y Gracia Martín, op. cit., pág. 448-449, lo hace entre delitos de comisión por omisión y delitos de no evitación por el garante.

²² Luzón Peña, op. cit., pág. 137 y sigs.

con mayor profundidad pero tampoco resulta adecuado dejar de establecer los puntos de partida para la solución que daremos en cuanto a la imputación del resultado a una omisión.

Una vez aceptado, como por la mayoría de la doctrina, la posibilidad de establecer un nexo normativo entre la omisión y el resultado²³, se discute actualmente cómo es posible tener por comprobado dicho nexo a los fines de imputar el resultado a la omisión del autor. En este sentido, a diferencia de las acciones en las que se debe determinar respecto de si un resultado ocurrido en el pasado ha sido la realización de un riesgo producido por un acción también acaecida, en la omisión nos encontramos con una acción que no existió y un resultado que si lo hizo. Con este panorama, resulta imposible sino trabajar con la hipótesis de que la acción mandada hubiera ocurrido y determinar, también de forma hipotética, si el resultado igualmente se hubiera producido.

No existen dudas en que no puede imputarse un resultado que, con certeza, hubiera acaecido aunque el autor hubiera realizado la acción debida, en esto hay acuerdo. Sin embargo, el problema radica que al trabajar con hipótesis es muy difícil llegar a la anhelada certeza, por lo que en la mayoría de los casos nos encontramos con que la acción debida podría, en mayor o menor medida, haber evitado el resultado. La doctrina discute cuál es el grado de probabilidad de evitación que debería exigirse para poder realizar la atribución del resultado.

No es este el lugar para hacer un conglomerado de las opiniones de los distintos autores sobre la cuestión, lo que ya ha sido realizado por distinguidos autores como Gimbernat Ordeig²⁴ o Roxin²⁵ -obras a las cuales remitimos-, sino dar una visión global de las distintas opiniones y sus principales fundamentos y críticas. Trataremos de brindar argumentos de por qué debe adoptarse una de ellas, siendo que dichos fundamentos, como se dijo, no intentan ser novedosos sino aplicar los postulados teóricos desarrollados ut supra a la hora de arribar a una solución en esta problemática que afecta directamente la resolución de los casos que se presentan a en la práctica jurisprudencial.

²³ Ya sea bajo una relación de causalidad, cuasicausalidad o de imputación objetiva. Para conocer las distintas formas de entender como los autores entienden este nexo Gimbernat Ordeig, Enrique, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, 1ra. Ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 9 y sigs; y Donna, op. cit., pág. 205 y sigs.

²⁴ Gimbernat Ordeig, op. cit., pág. 25 y sigs.

²⁵ Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito*, Trad. de la 1ra. Ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Diaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 1ra. Ed., Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2014, pág. 772 y sigs.

Podemos decir que existen tres posiciones en las cuales es posible subsumir las distintas posiciones de los autores: a) la teoría que establece el nexo si la acción omitida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza, b) una segunda opinión que exige la certeza y, por la último, c) la doctrina que estima suficiente con que la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado.

4. a) Teoría que exige una probabilidad rayana en la certeza

Debido a que en el campo de las omisiones debemos actuar no con un acontecimiento histórico sino con uno hipotético, es imposible exigir la seguridad en el acaecimiento del resultado, por ello esta corriente se conforma con un grado de probabilidad muy próximo a esta²⁶. Esta es la posición dominante²⁷.

Esta posición sostiene, consecuentemente, que ante la duda de la si la acción omitida hubiera evitado el resultado este no puede imputarse y, por lo tanto, solamente se podrá punir por tentativa en los injustos dolosos mientras que el culposo deberá quedar impune.

Se le critica, por parte de la concepción que se pasará a explicar seguidamente, que la misma es violatoria del in dubio pro reo y que exige un standard menor que ante la causación activa. A ello la doctrina dominante contesta que al trabajarse con hipótesis nunca será posible alcanzar la seguridad o certeza y que ello no vulnera el in dubio pro reo debido a que “tal principio exige que el juez aplique la hipótesis más favorable al reo, que en este caso sería la no imputación objetiva del resultado a la omisión impropia, si tras la actividad probatoria subsiste una duda sobre los hechos insoluble, que no puede resolver; pero si la actividad probatoria, según la común experiencia o la información pericial, le da al juez la practica seguridad o una probabilidad tan elevada que es rayana en la certeza de que la actividad omitida habría impedido el resultado, entonces a eso se le llama cuasiseguridad, ser “prácticamente seguro”, y al juez ya no le queda una duda irresoluble sino que puede dar por probada la realización en el resultado de la peligrosidad de esa omisión”²⁸.

²⁶ Gracia Martín, op. cit., pág. 468.

²⁷ Gimbernat Ordeig, op. cit., pág. 28-30; Roxin, op. cit., pág. 772; Luzón Peña, op. cit., 79-82.

²⁸ Luzón Peña, op. cit., pág. 83.

Por otro lado, la doctrina que se expondrá en c) cuestiona que esta posición es inadecuada en cuanto a consideraciones de política criminal²⁹ debido a que no conduce a resultados satisfactorios en los casos de imprudencia, en los que el resultado depende de la actuación de un tercero al que, con su omisión, el agente niega la posibilidad de actuar y en el derecho penal médico, donde la falta de conocimiento de las múltiples variables que conducen a los resultados produciría prácticamente la impunidad de la omisión en esta actividad.

4. b) Teoría que exige la certeza

Esta posición requiere para poder imputar el resultado la misma seguridad que en los casos en que se imputa el resultado a una acción, la seguridad. Propone que solamente así se respeta el principio del in dubio pro reo y que la omisión puede ser considerada equivalente a la acción, según la cláusula de correspondencia³⁰.

Esta doctrina es calificada de inviable por las restantes posiciones debido, como se ha dicho, a la falta de curso causal que emana de la inexistencia del hecho histórico real. Asimismo, son aplicables a esta las críticas que se le dirigen a la teoría dominante en base a los resultados político-criminales.

4. c) Teoría de la disminución del riesgo

Esta posición sostiene que el nexo normativo entre omisión y resultado puede tenerse por acreditado cuando la acción omitida hubiese disminuido el riesgo de que se produzca el resultado³¹. En otras palabras, basta con una probabilidad de que el resultado no se hubiese producido con la acción. Ello, obviamente, no se traduce en la imputación ante casos improbables de disminución del riesgo, sino cuando las ciencias demuestren que el riesgo hubiera disminuido.

²⁹ Roxin, op. cit., pág. 772.

³⁰ Gibernat Ordeig, op. cit., pág. 42-44.

³¹ Gimbernat Ordeig, op. cit., pág. 45; Roxin, op. cit., pág. 772.

Esta doctrina posee un fuerte anclaje en los resultados político-criminales a los que arriba y en la convicción de que la mayoría de la jurisprudencia usa este standard, por más que asegure utilizar el de la doctrina dominante³².

Esta posición posee duras críticas. Así, se le reprocha que al exigir solamente la probabilidad de disminución del riesgo en la producción del resultado, transforma los delitos de lesión en delitos de peligro³³, convirtiendo el resultado en una mera condición objetiva de punibilidad³⁴, lo que se suma a los problemas de fundamentación de imputar un resultado a una omisión. Por otro lado, se le dirige también el embate en cuanto a la vulneración del in dubio pro reo³⁵, en razón de que se estaría imputando un resultado que es posible, incluso bastante posible, que sea la realización del peligro proveniente de otra causa o del curso del propio peligro preexistente³⁶. Por último, se ha dicho a su respecto, teniendo en cuenta su origen en la teoría del incremento del riesgo que “la situación sería completamente diferente a la de los delitos comisivos: porque en ellos consta la causalidad del comportamiento del autor, a la que el incremento del riesgo sólo se le añade como criterio adicional de restricción de la punibilidad, mientras que en la aplicación de tal principio a las omisiones la disminución del riesgo sustituye a la causalidad, produciendo una extensión o ampliación de la punibilidad”³⁷.

La defensa de esta tesis se sostiene sobre la base de los resultados axiológicamente correctos a que conduce esta teoría, sumado a que las críticas que se le dirigen pueden igualmente serle trasladadas a la doctrina dominante, toda vez que la diferencia es cuantitativa y no cualitativa, y que la posición restante resulta impracticable³⁸.

5. Toma de posición

En primer lugar, diremos que los mejores resultados de una tesis no pueden ser los únicos que la fundamenten. Ello vacía completamente a la dogmática, convirtiéndola en un

³² Gimbert Ordeig, op. cit., pág. 45.

³³ Lo que según Roxin, op. cit., pág. 773, postularía Schaffstein al aceptar la conversión de los delitos imprudentes en delitos de peligro.

³⁴ Jakobs, Derecho Penal, op. cit.,pág. 963;

³⁵ Ibidem.

³⁶ Luzón Peña, op. cit., pág. 85.

³⁷ Roxin, op. cit., pág. 772.

³⁸ Gimbernat Ordeig, op. cit., pág. 50-51.

endeble constructo capaz de modificarse constantemente a través de los casos que vaya presentando la casuística. Es válido, no obstante, observar defectos en los postulados a causa de los resultados a los que conduce, promoviendo un reexamen de los mismos a fin de desarrollar construcciones más sólidas que alcancen consecuencias axiológicamente superadoras. Éstas, por último, pueden abonar la bondad de sus raíces.

Como se dijera, el injusto penal se imputa a una acción quebrantadora del deber que se encuentra en cabeza del sujeto. De esta forma, lo determinante es qué requisitos se exigen para que al desvalor de la trasgresión se le pueda añadir el desvalor del resultado y, por lo tanto, reprochárselo.

Aquí, nuevamente, no existen diferencias entre los delitos que se cometen mediante acciones, la falta de ellas o un combinado de ambas. La configuración normativa de la sociedad o, como lo llama Pawlik, el estado de libertades, se mantiene mediante una estructura de expectativas o competencias de las que se desprenden deberes para los ciudadanos³⁹. Algunos de esos deberes se encuentran garantizados penalmente, es decir, que su infracción conmueve de tal forma el ámbito de las expectativas normativas que requiere de una respuesta penal, con apoyo cognitivo, para que las mismas puedan seguirse teniendo por vigentes y, por lo tanto, no se conmueva la configuración social, permitiendo de ese modo la continuidad de las interacciones sociales⁴⁰.

Ahora bien, los tipos penales que prevén resultados imponen deberes sobre los ciudadanos de no realizar acciones que aumenten las posibilidades de provocar ese resultado. Sin embargo, ello no siempre será imputable sino cuando la conducta de las personas – comprensivas de acciones u omisiones- genere un exceso en las posibilidades aceptadas socialmente de que se produzca dicho resultado (riesgo permitido) y dicho exceso no se encuentre dentro de las competencias de la víctima o un tercero (principio de confianza, prohibición de regreso, competencia de la víctima)⁴¹.

En cuanto a los casos que se consideran dentro de la llamada omisión impropia, la sociedad posee expectativas de que los garantes realizarán todas las acciones a su alcance para obtener la indemnidad de determinadas personas y sus bienes y que con ello se

³⁹ Con su terminología particular Pawlik, op. cit., pág. 42 y sigs.

⁴⁰ Jakobs, Derecho Penal, op. cit., pág. 9.

⁴¹ Sintéticamente en Jakobs, Gunther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Trad. De Manuel Cancio Meliá, 1ra ed., 5ta reimp., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, pág. 28 y sigs.

mantendrá la configuración social. Por ello, cuando una persona que posee un deber de garante no cumple con su deber actuando en consecuencia, aumenta la posibilidad de producción del resultado, generando un riesgo no permitido, pero que además la sociedad daba por descontado que se encontraba controlado. Es decir, un riesgo por el cual no habría que preocuparse si el garante hubiese cumplido su deber.

Una vez producido el resultado, el derecho claramente no puede imputar aquellos que se habrían producido sin consideración a la actividad del agente porque la comprobación *ex post* de que el agente no hubiera podría haber cambiado el curso de los acontecimientos, comunica a la sociedad que, en ese caso concreto, el riesgo no permitido que el ordenamiento jurídico atribuye a la conducta no es el que se ha materializado. Sin embargo, el agente ha defraudado las expectativas puestas en su cabeza, por lo que en caso de tratarse de una violación grave de la competencia (*dolo*) se lo hará responder en base a las reglas de la tentativa por cuanto su comportamiento proyecta la vigencia de una norma de conducta que no puede ser aceptada socialmente⁴².

Pero cuando *ex post* no es posible determinar si el resultado se hubiera producido sino solamente si la acción podría haber disminuido el riesgo de su producción, ¿Es posible imputar su resultado al autor de acuerdo con los postulados meta-positivos abordados previamente? La respuesta debe ser afirmativa. La aclaración de la conducta se hace imposible debido a que el agente omitió actuar, es decir, si el mismo hubiera actuado se hubiera conocido en forma efectiva si la acción hubiera evitado el resultado o no. Por lo tanto, no puede descargarse de responsabilidad justamente por no haber actuado cuando el hecho, como acontecimiento, tiene el mismo poder comunicativo que si existiese certeza en que la conducta hubiera evitado el resultado.

El ordenamiento jurídico exigía y esperaba que el sujeto con su accionar disminuyera el peligro sobre el garantizado, tenía expectativas en ese riesgo disminuido y el agente, con su omisión, ha elevado normativamente el riesgo esperado. En estos casos la no disminución equivale normativamente a la elevación⁴³.

Debe sumarse que no resultaría axiológicamente correcto proponer lo contrario en cuanto a sus resultados cuando nos encontramos ante una conducta defectuosa del garante

⁴² Como puede presumirse, sostenemos un concepto normativo del *dolo*. Ver los resumidos pero correctos fundamentos de Pawlik, *op. cit.*, pág. 142-146.

⁴³ En igual sentido, Luzón Peña, *op. cit.*, pág. 137.

que aclara la constelación. En ese caso, justamente porque actuó, se puede saber perfectamente –o con una seguridad rayana en la certeza- si efectivamente la acción conforme a deber podría haber evitado el resultado, siendo que su actuación imprudente lo hará pasible de una sanción penal. En cambio, el omitente imprudente que infringe su deber en una forma más grave dado que ni siquiera actúa, se beneficia de la consecuencia de su omisión, descargándose de responsabilidad.

Además, la fundamentación adoptada justifica las consecuencias ante el caso de un tercero al cual el garante no da la posibilidad de actuar, en tanto es el agente quien debe responder por lo no aclarado con su actuación cuando sobre él pesaba un especial deber en ese sentido. Justamente, el especial deber de garante en los así llamados casos de omisión impropia conlleva la incumbencia de hacer lo posible para ser fiel al derecho, de actuar con el objeto de aclarar hasta dónde llega su deber de actuar, esto es su incumbencia. Su incumplimiento por sí solo no da lugar a responsabilidad penal sino que impide al sujeto descargarla cuando se encontraba en su incumbencia superar los déficits de conocimiento exigible⁴⁴.

Asimismo, ello se condice con la gravedad del deber infringido. El estado de libertades se mantiene entre los ciudadanos comunes mediante deberes de no dañar, competencias de respeto o de dominio de la propia organización, según la terminología que se adopte. Ahora bien, cuando el ordenamiento jurídico impone un deber especial o una competencia de mejora es porque ha considerado que es de vital importancia gravar con mayor fuerza a ciertas personas para que la configuración social no sufra temblores que conmuevan sus estructuras. Ello se ve reforzado axiológicamente al vincular las posiciones de garante a actos previos voluntarios de los ciudadanos. Como dice Pawlik, “quien vive de manera autodeterminada...no deja que sean otros los que dicten el contenido de su actuar, sino que lo determina él mismo al compás de sus convicciones valorativas y fines. Y a la inversa, quien actúa de manera autodeterminada debe soportar las consecuencias de su autodeterminación. Así pues, quien ha asumido un rol social no puede quejarse cuando se le

⁴⁴ Para una explicación un poco más detallada del alcance del concepto ver Pawlik, op. cit., pág. 130-134. Aunque el autor trata el concepto de incumbencia limitado a un deber secundario de, por decirlo muy sencillamente, intentar no errar en la medida de lo exigible, aquí se utiliza un concepto más amplio cuando el significado del hecho se encuentra determinado por el desvalor de acto y resultado, el sujeto no puede haber infringido su incumbencia si espera eludir la responsabilidad global por el significado de su conducta.

vincula a las exigencias que se derivan de dicho rol⁴⁵. No cabe más que coincidir con el prestigioso autor: todo deber de garante puede ser reconducido a un acto voluntario de su portador que conlleva, en casi todos los casos, la asunción de la posición⁴⁶.

6. Conclusión

Recapitulando, si no existen diferencias ontológicas entre una acción y una omisión, si los tipos penales que prevén causaciones lo hacen en sentido normativo, si cualquier obligación respecto de un bien no puede ser tenida como posición de garantía sino solamente aquellas que se encuentren aseguradas penalmente, si la omisión del garante eleva normativamente el riesgo de producción de un resultado que se tenía por controlado, si ello defrauda especiales expectativas puestas en cabeza del mismo debido a que ellas resultan fundamentales a la hora de mantener incólume la configuración normativa de la sociedad, si ese deber, a su vez, puede ser reconducido a una acción voluntaria del agente que conlleva asumir un rol con sus respectivos deberes y la violación del mismo genera una incertidumbre cuya incumbencia de aclaración se encuentra en cabeza del sujeto omitente, no podemos sino sostener que la teoría de la disminución del riesgo es aquella que mejor se enlaza con los fundamentos meta-positivos de los ordenamientos jurídicos occidentales y refleja de manera más acabada su configuración normativa-axiológica. Además de ello, y no resulta poco, conduce a mejores resultados.

Como se dijo, el objetivo del presente era, como mucho, humilde. Pero esperamos haber podido conseguirlo: fundamentar adecuadamente el por qué la teoría de la disminución del riesgo resulta ser la más adecuada a la hora de imputar resultados a la constelación de casos analizados tradicionalmente como de comisión por omisión. Para ello, nos hemos desviado un poco del punto central del presente, pero con el objetivo final de dar una fundamentación lo más completa posible, con la extensión que se nos permitió, al tópico tratado.

⁴⁵ Pawlik, op. cit., pág. 98.

⁴⁶ Como bien dice el autor Pawlik, op. cit., pág. 101 -103, cabe hacer excepción a la competencia que se desprende del deber general de auxilio. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico dicho deber se encuentra previsto en el art. 108 del Código Penal y no se encuentra anexo a resultado alguno por lo que excede a nuestro planteo al no serle aplicables al mismo la consideraciones vertidas.

7. Bibliografía citada

1. Donna, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte General, Tomo VI, Tentativa-Omisión, 1ra. Ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010
2. Frister, Helmut, Derecho Penal, Parte General, Trad. de la 4ta. Ed. Alemana por Marcelo A. Sancinetti, 1ra. Ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2011.
3. Gimbernat ordeig, Enrique, La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”, 1ra. Ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.
4. Gracia Martín, Luis, Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante), en AAVV, Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología: Congreso Internacional de la Facultad de Derecho de la UNED, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001.
5. Kindhauser, Urs, La alternativa como estructura de pensamiento en el derecho penal: sobre la causalidad de la omisión, en Estudios de Derecho Penal, coord. Jesús-María Silva Sánchez, Joan Josep Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo, María Teresa Castiñeira Palou, B de F, Buenos Aires, 2017.
6. Lesch, Heiko Hartmut, Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2da época, n° 6, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.
7. Luzón Peña, Diego-Manuel, Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación, en Revista de Derecho Penal, 2017-2, Delitos cometidos a través de estructuras estatales y empresariales – II, Dir. Edgardo Alberto Donna, 1ra. Ed., Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2018.
8. Jakobs, Gunther, - Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación, Trad. de la 2da ed. Alemana de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de Murillo, 2da ed., Marcial Pons, Madrid, 1991.

- La omisión: estado de la cuestión, en AAVV, Sobre el estado de la teoría del delito (seminario en la Universitat Pompeu Fabra), 1ra. Ed., Civitas, Madrid, 2000.
 - Sintéticamente en Jakobs, Gunther, La imputación objetiva en derecho penal, Trad. De Manuel Cancio Meliá, 1ra ed., 5ta reimp., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.
9. Pawlik, Michael, Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades, Atelier, Barcelona, 2016.
 10. Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito, Trad. de la 1ra. Ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Diaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 1ra. Ed., Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2014.
 11. Toradello, Guillermo A., Delitos de Omisión Impropia. Una mirada crítica acerca de la aplicación de categorías de los delitos de infracción de deber para resolver casos difíciles de comisión por omisión, en Revista de Derecho Penal, 2016-2, Dir. Edgardo Alberto Donna, 1ra. Ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017.
 12. Welzel, Derecho Penal, Parte General, Trad. de Carlos Fontan Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1956.