

“La posición de garante en el delito de abandono de personas”.

Ma. Claudina Bisio.

INDICE.

Introducción. Planteo de la hipótesis.....	1	
CAPITULO 1: El delito de abandono de persona y sus elementos típicos.		
1. Bien jurídico protegido o derechos involucrados.....	2	
2. La estructura del tipo penal.....	6	
3. Elementos del tipo objetivo.....	8	
4. Elementos del tipo subjetivo.....	11	
5. Agravantes.....	14	
CAPITULO 2: El abandono de persona como tipo de omisión.		
1. Introducción.....	17	
2. El concepto de omisión en derecho penal.....	17	
3. La diferencia entre omisión propia e impropia.....	24	
4. Caracterización del “abandono” como forma de omisión propia o impropia.....	26	
CAPITULO 3: El deber de garante en el delito de abandono de persona.....		27
1. Introducción.....	27	
2. Fuentes de la posición de garante.....	28	
2.1. Las fuentes formales.....	29	
2.2. Fuentes materiales.....	31	
3. Las fuentes del deber de garante en el delito de abandono de persona.....	33	
CONCLUSIONES FINALES.....	40	
BIBLIOGRAFIA		

La posición de garante en el delito de abandono de personas.

Introducción.

El planteo de la hipótesis

La presente tesina tiene como objeto de estudio al delito de abandono de personas, previsto por los arts. 106 y 107 del C.P., pero específicamente el análisis se centrará en los diferentes supuestos que dan lugar a la posición de garante y que permiten configurar la tipicidad en una de las modalidades delictivas previstas por la ley. Me refiero al supuesto típico que se presenta “abandonando a su suerte” a una persona a la que el autor “deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado”. Ello exigirá hacer un breve repaso respecto de la estructura típica y elementos –objetivos y subjetivos– que presenta este delito; su consideración como un delito de omisión propia o impropia, con una necesaria referencia básica a la responsabilidad por omisión en derecho penal; para finalmente tratar los diferentes supuestos de posición de garante previstos por la ley.

Ahora bien, la hipótesis que intentaré demostrar a lo largo del trabajo es la siguiente: “la única fuente válida para afirmar un supuesto de posición de garante, en el delito de abandono de persona, es la ley, pues todas las demás fuentes tradicionalmente aceptadas deben basarse en la ley”.

Capítulo1

El delito de abandono de personas y sus elementos típicos.

1. Bien jurídico protegido o derechos involucrados.

Si bien en la dogmática de la teoría del delito existe una intensa discusión acerca de la función que cumple el bien jurídico y si es o no necesario seguir reconociéndolo como categoría,¹ cuestión que excede los objetivos de este trabajo, entiendo que no es posible desconocer que la función preventiva del derecho penal, ni tampoco la circunstancia de que las normas fundamentales, que dan sustento a los diferentes tipos penales, tienen como finalidad resguardar ciertos intereses o bienes fundamentales de la sociedad. Por tal motivo, es necesario conceptualizar que entendemos por bien jurídico, para luego comprender en qué momento y por qué motivos debe intervenir el derecho penal.

En la dogmática penal, se ha considerado que el bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo. Son bienes jurídicos² aquellos intereses fundamentales de la comunidad que se ha decidido resguardar a través del Derecho Penal.

¹Respecto a relativización de la categoría del bien jurídico, ver FRISCH, Wolfgang, Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal, en HEFENDEHL, Roland (Ed.), La Teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, p. 310.

² En el artículo titulado El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen, cuyo autor es el profesor Roxin, plantea que en la actualidad del tema y lo extraordinariamente debatido –hoy como ayer–, todas las cuestiones que lo atañen justifican volver de nuevo sobre el problema del bien jurídico, formulando algunas preguntas básicas como las siguientes: 1. ¿Tiene el Derecho penal, como cuestión de principio, un cometido de protección (de bienes jurídicos) o sólo ha de confirmar la vigencia de la norma? 2. Si se piensa que el objeto del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, ¿cómo cabe determinar el concepto de bien jurídico de tal modo que ofrezca resultados concretos? 3. ¿Queda refutada la teoría del bien jurídico por la necesidad de infracciones de mera actividad (delitos de protección de sentimientos)? 4. El postulado de que el Derecho penal debe quedar limitado a la protección de bienes jurídicos ¿sólo tiene relevancia político–criminal o depende de él –al menos en algunos casos– también la constitucionalidad, y, con ello, la validez jurídica de un precepto penal? Utilizando estas preguntas como punto de partida el autor desarrolla el tema (ver <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>).

Dicho de otro modo, el fundamento de esa protección reside en que la sociedad, a través de sus representantes, selecciona cuales son los bienes o interés de mayor valor que requieren una especial protección. Y a partir de ello es que se decide legislar e incorporar en la ley diversos tipos penales que describen conductas contrarias a las normas fundamentales de la sociedad y que implican menoscabo a los aludidos bienes jurídicos.

Sin duda, el proceso de selección de bienes jurídicos susceptibles de protección penal resulta propio de la política criminal que ejerce el Poder Legislativo, como órgano que representa a los ciudadanos. Surgen dificultades cuando nos enfrentamos frente a las llamadas lagunas de protección y también frente a una extensión inadecuada de las posibilidades de castigo penal. La intervención penal debe estar limitada, y así de esta manera se limita el poder estatal, que se expone fuertemente por medio del derecho penal, como una manera de proteger a las personas, mediante la tutela de bienes individuales.

Por otra parte, cuando hablamos de bienes jurídicos individuales, es importante destacar que en todos ellos se protege a la libertad y la autonomía del ser humano. Es decir, cuando se decide resguardar un bien jurídico individual, al mismo tiempo se está protegiendo, por un lado, la libertad de disposición de su titular –lo que resulta importante en cuestiones como la relevancia del consentimiento libre– y la autonomía, en el sentido de que nadie pueda interferir arbitrariamente en el goce del bien.

La teoría del bien jurídico se encuentra claramente vinculada con el principio de “lesividad” que rige en materia penal y que se encuentra previsto en el art. 19 de la C.N.³ Para que se configure una infracción penalmente relevante, es necesario que la acción u omisión punible afecte algún bien jurídico. Íntimamente relacionado con esta cuestión está el concepto de “anticipación penal”, vale decir, como un modo de actuación penal según el cual el Estado anticipa la intervención del derecho penal a los “estadios previos”, castigando lo que aún no ha generado ningún resultado dañoso. Se discute si este proceder es o no legítimo, es decir, si no de esta forma no se respetan los límites impuestos por el principio ofensividad, que requiere y exige que la intervención penal se vincule con conductas que representan un ataque con suficiente entidad objetiva al bien jurídico tutelado.

No obstante, estas restricciones, no son universalmente compartidas; no todos consideran que el fin de esta rama del derecho sea la protección de los bienes jurídicos ni, consecuentemente, que el referente material de la actividad penal legítima sea la afectación material de un bien jurídico. El debate sobre la anticipación no desaparece, empero, sino que cambia de perspectiva; se limitará a determinar, por ejemplo, si la creación de una norma (con independencia del grado de afectación de un bien jurídico que represente) es funcional para el mantenimiento del equilibrio del sistema y, en un momento posterior, a verificar si hay una

³ Dicho artículo dispone: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...”.

infracción de una norma vigente que no esté amparada por otra expectativa normativa.

El Código Penal de la Nación, en su Capítulo VI, del Libro Segundo, del Título I, denominado “Delitos contra las Personas”, prevé el tipo de abandono de personas. Al observar los antecedentes de este delito⁴ surge la discusión acerca de la ubicación sistemática que le corresponde en el ordenamiento jurídico, lo que claramente se relaciona con la cuestión atinente al bien jurídico. Siguiendo al Código Peruano, el proyecto de Tejedor (Libro I, Título VI, p 3) situó el delito de abandono de personas entre los delitos contra las garantías individuales. La revisión del proyecto estuvo a cargo de los doctores Villegas, Ugarriza y García, ubicándose dentro de los delitos contra el orden de las familias y la moral pública, al abandono de personas y omisión de auxilio de un niño (arts.305, 306 y 307 del año 1881). Recién en el proyecto de 1891 (Rivarola, Piñero y Matienzo), la ubicación es diferente, y estos delitos aparecen en el título VI, referido a los delitos contra las personas.

Posteriormente el Proyecto de 1941⁵ (Peco) fue presentado a la Cámara de Diputados por su autor, el 25 de septiembre de 1941, completando su obra al año siguiente, con la publicación de la monumental exposición de motivos del mismo. Seentendió que considerar al abandono de un menor de doce años o de otra persona incapaz de proveerse a sí misma un delito contra las buenas costumbres, como en el código holandés, se opone la naturaleza del bien jurídico. Por otra parte, se sostuvo que la ubicación entre los delitos contra el estado civil, como en el código portugués, es inadecuada porque no es esencial la modificación del estado civil, contingencia a menudo no realizada. Asimismo, situarlo entre los delitos contra la familia implica limitar el alcance del delito de abandono, que tutela no sólo deberes especiales de asistencia familiar sino también deberes legales o contractuales ajenos a la familia. Aun cuando generalmente el delito recae sobre personas vinculadas por lazos de parentesco o vínculos legalesde tutela o curatela, no pocas veces versa sobre personas con las cuales no existe sino un vínculo contractual. El legislador en este delito reparó sobre el bien jurídico amparado, siendo la salva-guardia de la persona expuesta al peligro de perder la vida o sufrir el quebranto de la salud por el acto de abandono. En este peligro radica la diferencia entre el abandono del menor y la del incapaz, con el delito de incumplimiento de deberes de asistencia configurado entre los delitos de familia. En relación al sujeto pasivo se eleva la edad de protección delmenor de diez a doce años y además se contempla especialmente el abandono del anciano, siguiendo al proyecto de 1937. Se expone que corta es la edad de diez años señalada en el código penal y larga la edad de catorce años del código penal italiano, al extender la protección a personas capaces de administrar prudentemente su conducta, máxime cuando el derecho civil otorga a la mujer a los doce años la facultad de poder contraer matrimonio. Con una orientación que el mismo autor definió como neo-positivista, siguiendo una tradición positivista,

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y ARNEDO, Miguel Alfredo, Digesto de Codificación Penal Argentina, Tomo II, Editorial A-Z, pág. 224..

⁵ZAFFARONI y ARNEDO, op. cit., Tomo V, pág.206.

Peco se refiere a las sanciones incluyendo bajo esta denominación todo lo relacionado a las reacciones penales que prevé su proyecto entre ellas accesorias, educativas, curativas. En relación al delito de abandono de personas, éste queda ubicado en el capítulo de los delitos que implican peligro la vida o la integridad corporal, en los artículos 130 a 132.

El Proyecto de 1960⁶, conocido como Proyecto Soler, ubica en el capítulo 6 del título de los delitos contra la vida y la integridad personal, la exposición y abandono de personas, el abandono por causa de honor y la omisión de auxilio, ubicados en los artículos 141⁷ a 143. En lo que aquí interesa, se destacó que aquí se trataba de un delito de infracción de peligro para la vida y la salud. La exposición de infante como medio de alterar el estado civil y el abandono como forma de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, son perfectamente diferenciados. Se incluye también el hecho de abandonar a la persona a la que el mismo autor haya incapacitado, cuyo caso más frecuente es el hecho de alejarse después de un accidente dejando sin socorro al lesionado. Diferenciando del hecho que se llama fuga, en el que la esencia consiste en dificultar la investigación y, por ese motivo, se ubica en otro capítulo del código.

Es claro que a través del delito aquí estudiado se intenta resguardar dos bienes jurídicos perfectamente determinados y de carácter individual: la vida y la salud de las personas. Se protege la vida como bien jurídico supremo, como valor fundamental de nuestra sociedad, exactamente con el mismo alcance que se tutela mediante el delito de homicidio, es decir, la vida de la persona nacida. También se salvaguarda la salud, bien jurídico ya protegido a través de los diferentes tipos de lesiones. En este último caso, como ocurre también con las lesiones, se incluye a la salud física y psíquica de la persona, de modo que no se contempla únicamente la integridad física, sino también el funcionamiento de las funciones del organismo y el estado de salud mental del sujeto pasivo.

En definitiva, la vida y la salud son los bienes jurídicos tutelados por este delito y que ya fueron objeto de protección a través de tipos penales como los de homicidio y lesiones. No obstante, la diferencia fundamental reside en que en el abandono de persona el legislador ha protegido esos bienes contra acciones y omisiones que implican generar situaciones de peligro.⁸ Lo que se castiga no es un accionar que provoque un resultado mortal o una lesión –

⁶ZAFFARONI y ARNEDO, op. cit., Tomo VI, pág.447.

⁷ El artículo 141 disponía: “El que pusiere en peligro la vida o la salud de alguien, sea colocado 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 seis meses a tres años. La pena será de reclusión o prisión de tres a seis años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión”.

⁸ Como lo expresa Soler, “El peligro tomado en cuenta por estas infracciones es el que puede derivar tanto para la vida como para la salud” (SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino,

dolosa o imprudentemente— sino el que causa una situación real de peligro. Pese a que no estamos ante delitos de resultado material o de lesión, de todas formas, el principio de lesividad se encuentra perfectamente garantizado, pues el delito requiere un resultado que se configura con la situación de peligro exigida por el tipo. Lo injusto penal no basa únicamente en el desvalor de la acción —en la acción u omisión contraria a la norma—, sino que el abandono requiere también el desvalor del resultado —el peligro para la vida o la salud de la víctima. Por tales razones es que, respecto del abandono aquí estudiado, no tienen recepción las críticas constitucionales que se han formulado contra los delitos de peligro abstracto.

2. La estructura del tipo penal.

El delito de abandono de personas se encuentra reglado en los artículos 106 y 107 del C.P., bajo el título de “delitos contra las personas”. Al contemplar la figura básica, nuestro código dispone: *“El que pusiere en peligro la vida o salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandono 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 2 a 6 años”* (art. 106, C.P.)

La primera cuestión a abordar se relaciona con la estructura que presenta el tipo penal y en cuál de las categorías debe ser incluido. La doctrina clasifica a los delitos como de lesión y de peligro, ya sean abstracto o concreto. A su vez, obviamente, tanto unos como otros pueden ser dolosos o imprudentes. En lo que aquí nos interesa, es imprescindible tener en claro la diferencia entre los delitos de peligro concreto y abstracto, lo que se vincula con la cuestión de si el tipo penal implica o no la producción de un resultado de peligro. En caso de que la ley exija que el objeto de bien jurídico efectivamente entre en peligro, estamos frente a delitos de peligro concreto y en aquellos supuestos en que la punibilidad no depende de que se haya producido una situación crítica para el bien jurídico, hablamos de delitos de peligro abstracto, pues en estos últimos se pena una acción por su conocida peligrosidad.⁹

Para la configuración del delito aquí analizado es necesaria la “puesta en peligro de la vida o la salud de otro”, se colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse ya la que el sujeto activo deba mantener o cuidar, o a la que el mismo autor haya incapacitado. Por tal motivo, como lo veremos luego, nos encontramos ante un delito de peligro concreto. En esta clase de modalidad típica, no es suficiente con llevar a cabo la acción u omisión contraria a la norma, sino que además se debe provocar con ello un peligro real. Es decir, los delitos de peligro concreto son, en realidad,

actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, Ed. Tea, Bs. As., 1992, T. III, p. 186).

⁹ Los delitos de peligro abstracto no contemplan a la situación de peligro como elemento típico, sino que el peligro o la peligrosidad de la acción constituye, en realidad, el motivo que tuvo en cuenta el legislador para criminalizar la acción u omisión. Como generalmente se afirma, el peligro es la “ratio legis”.

delitos de resultado, pero no exigen un daño o una lesión, sino un peligro cierto, que debe ser analizado y probado en cada caso. En este sentido se exige que el objeto de bien jurídico haya entrado en el radio de acción de la conducta y que la lesión sea probable¹⁰.

Dicho de otro modo, en esta especie de delitos –los tipos de peligro concreto– no alcanza con la acción u omisión “ex ante” peligrosa, sino que es imprescindible que dicha acción haya generado un resultado específico de peligro, es decir, una situación real de peligro sobre el objeto de bien jurídico. Los delitos de peligro, por lo tanto, deben ser diferenciados de los llamados delitos de “peligrosidad” o de “aptitud para el daño”, en los que no se exige una lesión ni tampoco un peligro real, sino que simplemente requieren que la acción sea “ex ante” peligrosa.¹¹ Es preciso diferenciar dogmáticamente el concepto de “peligro” del de “peligrosidad”. Mientras que esta última constituye una característica de la acción –forma parte del desvalor de la acción–, la noción de peligro nos coloca frene a un resultado.¹² Insisto que el delito de abandono de persona, aquí estudiado, requiere una puesta en peligro efectiva de la vida o la salud de la víctima, por lo que constituye un delito de peligro concreto, o mejor dicho, de resultado de peligro.

En consecuencia, para que el tipo se configure plenamente, el abandono o el desamparo, previstos como modalidades típicas, tienen que haber puesto en peligro la vida o la salud de la víctima, por lo que sin dicho resultado la conducta del sujeto activo podría constituir una simple tentativa, siempre que haya obrado con dolo, o bien nos encontraremos ante un hecho atípico. Por otra parte, como sucede en todos los tipos penales que exigen un resultado, se debe demostrar la relación de causalidad entre la acción u omisión y el peligro real producido –causalidad física–, así como también que, desde el punto de vista “normativo”, dicho peligro debe ser consecuencia del riesgo jurídicamente desaprobado creado por la acción u omisión –imputación objetiva–.¹³

¹⁰ CERESO MIR, José, Curso de Derecho Penal español. Parte general, T.1 Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 330.

¹¹ Ello es lo que ocurre, por ejemplo, en algunos tipos penales como el de amenazas simples y coactivas (art. 149 bis, C.P.), respecto de los cuales, la amenaza debe ser idónea para generar temor o amedrentamiento en el sujeto pasivo, aunque no se logre efectivamente dicho temor; lo mismo sucede con el delito previsto en el art. 201 del C.P., que requiere la peligrosidad de las sustancias, pero no un peligro concreto para la salud pública.

¹² Ver HIRSCH, Han Joachim, Peligro y peligrosidad, en Derecho Penal. Obras completas, T. I, Rubinzal–Culzoni, Bs. As., 1999, p. 71.

¹³ Ver FRISTER, Helmut, Derecho Penal Parte General, traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, revisión de María de las Mercedes Galli, Hammurabi, Bs. As., 2009, p. 200.

En este orden de ideas, podemos decir que la norma prohíbe el desamparo o el abandono, lo que implica que las acciones típicas consisten en “desamparar”¹⁴ o “abandonar”¹⁵ y con ello queda configurado el “desvalor de la acción”. No obstante, para que el delito se consume es necesario “poner en peligro la vida o la salud de otro”. En consecuencia, puede sostenerse que el colocar en situación de desamparo o abandonar a su suerte son las formas tipificadas de crear un riesgo jurídicamente reprobado para esos bienes. De manera que el delito se comete tanto haciendo nacer la amenaza por desamparo, cuando el sujeto activo pone al sujeto pasivo en una situación en la que carece de los cuidados necesarios como para que no corran peligro su vida o su salud, como en caso del abandono a su suerte, lo que ocurre cuando se desentiende del resguardo que se le exige legalmente¹⁶.

Resulta elemento indispensable el peligro, dado que el tipo establece que en todo supuesto de abandono debe existir una situación de peligro para la víctima. De lo contrario únicamente podemos hablar de tentativa¹⁷ de abandono, en el hipotético caso en que dicho peligro no se concrete por razones ajenas a la voluntad del sujeto activo.

3.Elementos del tipo objetivo.

El tipo objetivo del delito aquí analizado contempla dos posibles situaciones:

a) La de poner en peligro la vida o la salud de otro, colocándolo en situación de desamparo;

b) Poner en peligro la vida o la salud de otro, abandonando a su suerte a una apersona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar, o a una persona a la que el autor haya incapacitado.

Una primera diferencia que surge entre ambos supuestos está dada por el sujeto activo, donde en el primer caso puede ser cualquier persona, pero en el segundo se requiere

¹⁴ Conforme al diccionario de la Real Academia Española, “desamparar” significa: “1. tr. Abandonar, dejar sin amparo ni favor a alguien o algo que lo pide o necesita. 2. tr. Ausentarse, abandonar un lugar o sitio” (www.dle.rae.es).

¹⁵ Verbo que, en lo que aquí interesa, significa “dejar solo algo o a alguien alejándose de ello o dejando de cuidarlo”, “dejar una actividad u ocupación o no seguir realizándola” o “descuidar las obligaciones o los intereses” (www.dle.rae.es).

¹⁶ Ver TERRAGNI, Marco A, Abandono de Personas y Omisión de Auxilio, en Asociación Pensamiento Penal, Código Penal Comentado de acceso libre (online), 2013, arts. 106 a 108, p. 1.

¹⁷ Explica Núñez, que: “...el delito se consume con el acto del autor. Se ha afirmado que se trata de un delito de peligro cierto, en el que éste constituye el resultado típico, y se consume en el momento en que el mismo se produce. La tentativa es posible” (Ricardo Núñez, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Cuarta Edición actualizada por Dr. Víctor Félix Reinaldi Editorial Lerner S.R.L., 2009, Pág.106).

una especial posición de garante respecto de la víctima. Por lo tanto, mientras que en el primer caso nos encontramos ante un delito general, en el segundo ante un delito especial, en el que se exige cierta condición especial para ser autor.

Así también, no es lo mismo “colocar en situación de desamparo” que “abandonar a su suerte”. Podemos decir que se “coloca en situación de desamparo” o bien se “expone” cuando se pone al sujeto pasivo, en un escenario en el que queda sin posibilidad de auxilio, ya sea por las circunstancias propias del lugar o situación particular de la víctima. En este supuesto el autor expone en situación de desamparo, al trasladar a la víctima a otro lugar en el que no es posible recibir ninguna forma de ayuda. Diferente es la situación en la que “se abandona a su suerte” dado que nos remite a la omisión del cuidado o ayuda debida, frente a un contexto preexistente, en el cual el sujeto activo debe ser garante.¹⁸ No obstante, hay quienes opinan que el tipo legal se refiere a dos modalidades de acción, una en la que se lleva al sujeto pasivo de una situación de protección a una situación de desprotección o cuando el sujeto activo, en su rol de garante, se aleja del sujeto pasivo¹⁹.

Ahora bien, se discute, en el abandono, si es necesario que el sujeto activo se aleje del sujeto pasivo o si ello no forma parte de las exigencias típicas. Por un lado, se entiende que no

¹⁸ Sostiene Soler que “El abandono puede asumir dos formas: o bien llevar a la persona fuera del ambiente de protección en que se encontraba, dejándolo sin otra, en cuyo caso se procede trasladando al que luego es abandonado, o bien alejándose el sujeto activo mismo del ambiente de protección y dejando en el mismo lugar al abandonado. En la primera forma, el hecho no consiste en privar al sujeto pasivo de la propia protección, sino en dejarlo sin ninguna. En consecuencia, no existe este delito cuando la víctima es abandonada en un lugar donde es seguro que prontamente y sin peligro para la salud, no ya para la vida, será atendida, sea por persona determinada o indeterminada (SOLER, Derecho Penal, cit., p. 187). Núñez, por su parte, afirma que “El abandono puede consumarse en dos formas: o bien sacando a la víctima fuera del ambiente de protección en que se encuentra y dejándola en otro lugar desamparada; o apartándose el autor de aquel ambiente y dejando allí a la víctima en esta condición. Este último puede cometerse mediante un hecho positivo (yéndose el autor del lado de la víctima) o negativo de abandono (no acudiendo el autor del lado del lado de la víctima (NÚÑEZ, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1988, p. 300).

¹⁹ Explica Sancinetti: “que la formulación del tipo legal no se refiere a una omisión, sino a dos formas de acción. Ya sea por llevar a la persona desde una situación de protección hacia una de desprotección; o bien el garante se aleja de esta persona. En ambos supuestos el autor debe realizar una acción, un desplazamiento físico, un movimiento corporal” (SANCINETTI, Marcelo A, La relación entre el delito de abandono de persona y el homicidio por omisión, en Ziffer, Patricia, Jurisprudencia de Casación Penal, 1era. ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires 2009, p.318).

es necesario que efectivamente exista distancia física, dado que puede abandonar quien encontrándose al lado o próximo del sujeto pasivo, omite prestarle los auxilios necesarios o cuidados, de modo que lo realmente trascendente es que no se presten los cuidados necesarios²⁰. En cambio, otros autores consideran que si debe producirse dicha separación²¹. Una tesis intermedia sustenta que no es necesaria la separación física, pero sí que exista una situación creada por el sujeto activo, cuyo efecto sea como si existiera la separación espacial, produciéndose la imposibilidad de prestación de auxilio²².

Desde mi punto de vista, el tipo penal objetivo no requiere necesariamente que el sujeto activo se aleje o separe de la víctima, pues lo importante no es la distancia física, sino el incumplimiento de un deber jurídico especial –el brindar la asistencia, auxilio o cuidado necesario–, que puede producirse también cuando el autor y la víctima se encuentran en un mismo ámbito físico.

Otros de los elementos objetivos para complementar este análisis, es el peligro, pues

²⁰ Sostiene Creus que: “se abandona a la víctima cuando se la deja privada de los auxilios o cuidados que le son imprescindibles para mantener su vida o la integridad actual de su salud, cuando ella misma no puede suministrárselos y en situación en que normalmente no es posible que se lo presten los terceros (abandonar a su suerte).El abandono puede perpetrarlo el agente apartándose de la víctima o quedándose con ella, sin prestarle los auxilios o cuidados necesarios” (Creus, Carlos, Buompadre Jorge Eduardo, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, 7 Edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma Ciudad de Buenos Aires, 2007 pag.120).

²¹ Núñez, explica que: “El delito consiste en realidad, en el alejamiento del autor con desamparo de la víctima, no en la sola omisión de asistencia y cuidados, sin perjuicio de que ésta importe un atentado contra la persona calificable, según el propósito del autor, como tentativa de lesiones o de homicidio, o, con arreglo a su resultado, como lesiones u homicidio consumado. No es indefectible que el alejamiento desamparador sea definitivo. Puede tratarse de un alejamiento no definitivo, pero que por las circunstancias particulares del caso, la falta de asistencia y resguardos que implica resulte peligrosa para la incolumidad personal de la víctima” (NÚÑEZ, Tratado de Derecho Penal, cit., p. 300).

²² Afirma Soler que: “Lo que establece la situación de abandono más que el alejamiento o no alejamiento del autor es la existencia o inexistencia de peligro” (SOLER, Derecho Penal, cit., p. 188). Es decir: “es posible el abandono sin desplazamiento, pero a condición de que el sujeto, en forma positiva, aisle del medio a la persona a la cual, por su parte, él no ayuda, debiendo hacerlo” (op., cit., p. 189). En síntesis: “si bien no se expresa la necesidad de una separación espacial, será necesario que la situación creada por el sujeto activo equivalga a la de esa separación, y ello se da cuando se produce la privación de los auxilios debidos y el aislamiento de los inmediatos auxilios posibles, de modo que se genere la situación de peligro” (op. cit., p. 190).

se ha reiterado que este es uno de los elementos necesarios para la verificación del delito de abandono y se centra en poner al sujeto pasivo en un escenario inusual y contrario a las reglas, donde un daño aparezca como probable. Como anticipamos, debe existir una relación especial entre la acción u omisión previstas en el tipo y el resultado de peligro que exige la ley. Dicha relación debe estudiarse conforme a las pautas de la teoría de la imputación objetiva, lo que requiere que la acción u omisión llevada a cabo por el autor implique la creación o el incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado y que dicho riesgo se materialice específicamente en el resultado típico.

4. Elementos del tipo subjetivo.

Cuando hablamos del tipo subjetivo, nos encontramos con el dolo. Se ha debatido mucho a lo largo de los años sobre que significa el “dolo”.

En forma coherente con lo que se sostiene a nivel del tipo objetivo, desde la teoría de la imputación objetiva, la cual comparto, el dolo exige el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es decir, de todos los elementos que integran y componen a la acción u omisión típica y, además, del peligro concreto que con ello se genera, pues éste último constituye un elemento más del tipo penal. Por lo tanto, el dolo está constituido aquí por el conocimiento del carácter de las acciones que se realizan y por la consciencia de que, a través de ellas, se origina la creación del peligro.

Existe consenso en la doctrina acerca de que el delito de abandono de persona es un delito doloso y lo que debe probarse es que hay dolo de peligro. No obstante, se debate hasta dónde debe llegar la representación del sujeto activo, frente a lo cual, considero que resulta necesario que este aspecto subjetivo abarque la totalidad de elementos objetivos del tipo penal. Por otra parte, el dolo no puede presumirse y debe estar acreditado mediante elementos de juicio probatorios idóneos que hagan surgir sin dudas razonables su existencia.

Es de suma importancia precisar el contenido del dolo de puesta en peligro²³, es decir,

²³ El abandono de persona supone la existencia de un dolo en el autor referido al desamparo de la víctima y al peligro corrido en la situación en concreto, lo que significa que a nivel intelectual debe incluirse la representación de la posibilidad de que se producirá un peligro de lesión al bien jurídico protegido. No basta con la comprobación de quehaceres descuidados o negligentes, que no sobrepasan el límite de la culpa, puesto que el molde legal en estudio no prevé la forma culposa de comisión. El dolo, directo o eventual, que exige y/o admite la figura en análisis, no puede presumirse, sino que debe acreditarse mediante elementos de juicio probatorios idóneos que hagan surgir sin dudas razonables la existencia de aquél. Por ello, el dolo específico que impone el tipo, demanda de parte del autor que se desentienda del incapaz y lo prive de una protección en sentido amplio. Este delito no puede ser cometido por cualquier persona, sino que pueden perpetrarlo aquellos que tienen un especial deber de cuidado, quien ocupa una posición de garante, de lo que se desprende que el sujeto activo debe mantener o

qué tiene que representarse el autor de un abandono o exposición para que pueda decirse que se encuentran cumplidos los requisitos subjetivos del tipo. En relación a ello, considero que el delito de abandono de persona, es un delito exclusivamente doloso y que cualquier enfoque culposo, elimina las consecuencias penales de los hechos, dado que no se configura la tipicidad. Ello implica, en consecuencia, que el sujeto activo obre con el conocimiento de que se está poniendo al afectado en una situación de peligro que atenta contra su salud y su vida. Cuando esta situación se genera por un acto de imprudencia o negligencia, el autor no incurre en el delito de abandono.²⁴

En consecuencia, en los supuestos de “colocar en situación de desamparo” es necesario que el autor tenga conocimiento acerca de los riesgos que conlleva el dejar a la víctima en la situación de desprotección, es decir, debe ser consciente de las circunstancias fácticas que dan lugar a esa situación de desamparo y los peligros que con ello se genera al sujeto pasivo. En la modalidad de “abandonar a su suerte” el agente debe ser consciente de los presupuestos objetivos que dan lugar a su posición de garante –al deber de asistir, mantener o cuidar. Me refiero, específicamente, a que el autor debe advertir la situación que enfrenta el sujeto pasivo; las condiciones en que éste se encuentra, es decir, que se trata de una persona “incapaz de valerse” y a quien él tiene la obligación de “mantener o cuidar”, o que se trata de alguien al que “el mismo autor haya incapacitado” y, además, representarse el riesgo que se genera respecto de la vida o la salud del sujeto pasivo.

Por último, en lo que respecta al tipo subjetivo, corresponde determinar qué modalidad de dolo se requiere. Es decir, si es suficiente con la forma básica de dolo –lo que tradicionalmente se ha llamado dolo eventual– o, por el contrario, hace falta una intención o finalidad especial en el autor, respecto del resultado de peligro previsto en el tipo –dolo directo–. Ahora bien, para resolver esta cuestión es necesario atender a dos aspectos básicos. Por un

cuidar a la persona incapaz de valerse. No se reúnen los elementos del tipo penal si el imputado no colocó al incapaz en situación de desamparo, no existió peligro para su integridad física, es decir, no se lo privó de los auxilios y cuidados que le eran imprescindibles para mantener su vida y su salud ni tampoco se le obstaculizó o impidió obtener los auxilios que su condición exigía. Por ello, corresponde confirmar la sentencia que absuelve al imputado en orden al delito de abandono de persona seguido de muerte (C.N.Crim. y Correc., Sala VII, “González Dazzori, Edgardo José”, c. 46.202, 8/11/05).

²⁴ Como afirma Núñez, “Basta la forma eventual del dolo, pero el delito no es imputable a título de culpa. La ignorancia o el error acerca de las condiciones de incapacidad en que se encuentra la víctima, del desamparo en que ésta queda o de la obligación de asistencia que le incumbe al autor, excluye la culpabilidad de éste” (NÚÑEZ, Derecho Penal, p. 300). Fontán Balestra sostiene que: “el delito de abandono es doloso; son por lo tanto atípicas las formas culposas” (FONTÁN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, IV Parte Especial–Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 1983 p.379).

lado, es fundamental observar si el tipo penal contiene o no especiales elementos subjetivos – lo que tradicionalmente se ha denominado como elementos subjetivos de lo injusto distintos del dolo–,²⁵ pues cuando ello ocurre, es claro que no es suficiente con el denominado dolo eventual. Asimismo, también hay que tomar en cuenta la naturaleza de la acción prevista en el tipo, dado que el sentido que tienen ciertas acciones típicas resulta incompatible con la simple representación seria del riesgo –dolo eventual–.²⁶

Considero que, en el caso del delito de abandono de personas aquí analizado, el tipo penal no contienen ninguna exigencia subjetiva especial y tampoco estamos ante una acción típica cuyo sentido requiera una especial intención o finalidad por parte del sujeto activo. El verbo típico ha sido descrito como “poner en peligro” la vida o la salud de otro a través del desamparo o del abandono, lo que, en mi opinión, resulta compatible con el llamado dolo eventual. Por lo tanto, no es imprescindible que el sujeto activo obre con la finalidad específica o con la intención de generar una situación de peligro para la vida o la salud de la víctima, sino que es suficiente con que haya sido consciente de que su acción u omisión –en la situación concreta de la víctima– podía generar dicho resultado.

En consecuencia, al tratarse de una figura dolosa, es perfectamente posible que se presenten casos de error de tipo, con entidad para excluir el dolo. Así, el error puede recaer sobre cualquier aspecto objetivo del tipo. Se presentará, por ejemplo, cuando el sujeto activo desconoce que la víctima se encuentra en la situación de incapacidad para valerse y que da origen a la necesidad de tomar medidas de protección o asistencia. Lo mismo ocurre cuando no se es consciente del riesgo que se genera contra la vida o salud, como sucedería, por ejemplo, si se deja a la víctima en un lugar donde no podía recibir auxilios, pero creyendo con certeza que precisamente en el habría terceros que se los brindarían.

Corresponde entonces diferenciar claramente el error de tipo y el dolo que exige el delito. Esta diferencia radica principalmente en el conocimiento de la persona, cuando existe dolo, del estado de la víctima, de los actos que comete y de las posibles consecuencias que con ellos genera, a diferencia del error, donde no hay conocimiento total del escenario, es decir, el sujeto activo obra sin advertir la situación y condiciones del pasivo. En este último caso, como se trata

²⁵ Así ocurre, por ejemplo, respecto del homicidio por “odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión” (art. 80, inc. 4, C.P.); en el homicidio *criminis causae* –matar “para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito” (art. 80, inc. 7, C.P.)– o el femicidio vinculado –matar con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación– (art. 80, inc. 12, C.P.).

²⁶ Ello sucede, por ejemplo, en el homicidio con ensañamiento o alevosía (art. 80, inc. 2, C.P.), en la estafa (art. 172, C.P.) o en la falsedad documental (art. 292, C.P.).

de una figura dolosa, la conducta será impune, sea error vencible o invencible²⁷.

Especiales dudas presenta el error acerca de la posición de garante, que constituye una exigencia de la tipicidad objetiva, para los casos de abandono. El dolo requiere que el autor sea consciente de la situación fáctica que genera –como efecto jurídico– la posición de garante, pero no es necesario que advierta dicha consecuencia jurídica. Para expresarlo de otro modo, el autor debe advertir aquello que jurídicamente da origen a la posición de garante, pero no es necesario que sea consciente acerca de los efectos o alcances jurídicos de la situación. El error sobre los presupuestos objetivos que generan la posición de garante da lugar a un error de tipo, mientras que el error sobre las consecuencias o alcances jurídicos de dicha situación fáctica constituye un error de prohibición, que únicamente produce efectos en el ámbito de la culpabilidad, pero deja subsistente el dolo: si es inevitable no hay culpabilidad y si es evitable existe un menor contenido de culpabilidad que debe ser ponderado en la pena.

5. Agravantes.

a) La figura básica del delito en estudio se puede agravar cuando debido a la acción de desamparo o al abandono se produce un resultado que excede a la situación de peligro antes descripta. Concretamente, cuando se causa un grave daño en la salud o la muerte de la víctima. En efecto, el artículo 106, párrafo segundo y tercero del Código Penal dispone que: *“La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima”*. Con respecto al otro supuesto establece lo siguiente: *“si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión”*.

En lo que atañe a las lesiones, surgen diferentes interpretaciones con el término grave daño en el cuerpo o en la salud, pues algunos autores consideran que sólo comprende las lesiones graves y gravísimas²⁸, mientras que para otros el perjuicio debe ser importante, aunque éste no llegue a configurar ninguno de los tres tipos de lesiones. En mi opinión, la redacción que se ha empleado en este tipo agravado no coincide con la utilizada en los delitos de lesiones. En efecto, no se habla de lesiones graves o gravísimas, conceptos que sin ninguna duda remitirían a los arts. 90 y 91 del C.P., sino que se incluyó un requisito mucho más amplio: la referencia a un grave daño en el cuerpo o en la salud. Dicho de otro modo, si el legislador realmente hubiese querido que únicamente se agrave el delito en caso de producción de lesiones graves o gravísimas, no hubiese incluido un elemento típico mucho más amplio sino que lo hubiera indicado expresamente. En consecuencia, considero que debe incluirse en la agravante cualquier daño en el cuerpo o en la salud de la víctima, aun cuando encuadre específicamente en ninguno de los supuestos contemplados por los citados arts. 90 y 91 del C.P.

²⁷ A modo de ejemplo, el caso en que el sujeto activo, abandona a la víctima, pero desconoce que con su acción está poniendo en riesgo la vida del sujeto pasivo.

²⁸ FONTÁN BALESTRA, Tratado de Derecho Penal, cit., pag.382

Ahora bien, respecto de estas formas agravadas, así como también, en los casos en los que, como consecuencia del desamparo o abandono se produce la muerte de la víctima, la discusión que se presenta se vincula con la forma o modo en que debe ser imputada la muerte o las lesiones.

Con relación a ello, entiendo que los resultados que se contemplan en estas modalidades agravadas no pueden ser atribuidos a título de dolo, sino que nos hallamos ante formas preterintencionales. En este sentido, entienden autores como Nuñez²⁹ y Soler³⁰ que el grave daño en el cuerpo o la muerte son resultados preterintencionales, es decir, que están fuera del dolo del autor, quien no dirige su accionar hacia aquellos. Sumado a ello, de la propia redacción del artículo, se desprende que el uso del término de manera potencial, como ser “resultare” y ocurriere”, lo que no parece compatible con los casos en los que el sujeto activo obre con dolo respecto de dichos resultados. Por lo tanto, cuando las lesiones o la muerte son imputables a título de dolo, corresponde aplicar los delitos de lesiones –leves, graves o gravísimas (arts. 89, 90 o 91, C.P.)– u homicidio –art. 79 y 80, C.P.–, en concurso ideal (art. 54, C.P.) con el abandono de personas. Si bien podría pensarse que resulta más razonable afirmar un concurso aparente de delitos,³¹ entiendo que lo más apropiado es afirmar un concurso ideal, pues en los casos de muerte, debe aplicarse la pena más grave del art. 79 y 80.³² En cambio, cuando el resultado es de lesiones –leves, graves o gravísimas–, el resultado al que se llega con el concurso ideal es más satisfactorio que el del concurso aparente, pues se aplica la escala penal más grave del art. 91 o del art. 106, según cuál sea el daño a la salud ocasionado, evitando con ello que deba aplicarse la penalidad más leve de los arts. 89 o 90, C.P., cuando las lesiones son leves o graves.

En consecuencia, para que la forma agravada se configure, basta con que el resultado mortal o de lesiones haya sido “previsible”, es decir, atribuible a un actuar contrario al deber de cuidado. Si hay dolo, como vimos, además del abandono de personas se habrá configurado el delito de homicidio o lesiones. Por otra parte, el hecho de que el resultado deba ser previsible descarta cualquier afectación al principio de culpabilidad que rige en materia penal. De acuerdo a los conceptos que se manejan en la dogmática moderna, es necesario que la muerte o el daño en la salud sea objetivamente imputable a la acción u omisión del autor, es decir, que sea concreción del riesgo jurídicamente desaprobado creado por el agente. No se trata, como vimos, de una relación puramente causal, sino de una imputación basada en criterios

²⁹ NÚÑEZ, Tratado, cit., p. 304.

³⁰ Afirma Soler que: “se trata de resultados preterintencionales” y “se requiere que esos resultados no estén abarcados por la intención directa o eventual del autor, la cual no puede haber ido más allá del conocimiento de una mera situación de peligro” (SOLER, Derecho Penal, cit., p. 194).

³¹ Así lo considera NÚÑEZ, Derecho Penal, p. 304 y ss.

³² Solución que, vale aclarar, es idéntica a la que se llega afirmando un concurso aparente.

normativos. De tal modo, la agravante no resulta aplicable si el daño en el cuerpo o en la salud o la muerte de la víctima proviene de un riesgo completamente independiente al creado por el autor. Así sucedería, por ejemplo, cuando dichos resultados provienen de una circunstancia anterior a la colocación en situación de desamparo o al abandono o de una circunstancia imprevisible.

Ahora bien, respecto de estas modalidades agravadas, se presenta un problema particular. Me refiero a cómo se diferencia el abandono de persona seguido de muerte o de lesiones, de los delitos de homicidio o lesiones por omisión impropia. En rigor de verdad, tanto para el homicidio o lesiones por omisión, como para el abandono, es necesario que el autor se encuentre en posición de garante, de modo que la diferencia no puede basarse en dicho aspecto. Desde mi punto de vista, la distinción debe buscarse tanto en el aspecto objetivo como en el aspecto subjetivo –el dolo–.

1. Objetivamente, la distinción entre los delitos de resultado directo contra la persona –homicidio o lesiones– y el delito de abandono de personas, debe efectuarse valorando la clase de riesgo creado por el autor. En el caso de exposición o abandono de persona, el riesgo existente al momento de la exposición o abandono tiene que ser aún un riesgo abierto general. En cambio, en el homicidio o las lesiones se trata de un riesgo perfectamente definido y concreto. En estos últimos supuestos, estamos frente a un caso que excede la configuración del abandono y es ya omisión de prestar auxilio necesario para evitar la muerte o el daño en la salud, lo que, de existir posición de garante, encuadra en el delito de homicidio o lesiones por omisión.
2. Subjetivamente el contenido del dolo debe ser distinto, pues mientras que en el abandono el sujeto activo es consciente de que crea un riesgo abierto, de carácter general, en el homicidio o las lesiones obra con la representación clara del riesgo concreto y ya definido³³.

³³ LÓPEZ GONZÁLEZ, Mirta, en el artículo Abandono de persona, agravado por el resultado muerte, Revista de Derecho Penal, Delito contra las personas –II 2003–2 Ed. Rubinzal–Culzoni, pág. 279, explica que: "...Se ha enunciado en párrafos anteriores que nos encontramos ante una figura de peligro concreto, y en esa dirección he de decir que existe entonces dolo de peligro concreto cuando un sujeto ha actuado, pese a ser consciente de que su conducta resultaba apta para generar ese peligro concreto de acaecimiento de un resultado, pero negando a la vez en su específica situación a tal conducta la aptitud necesaria para producirlo. Cuando ello no se niega, sino que dicha acción es efectivamente atribuida al sujeto, concurre dolo con respecto a la producción del resultado. Es necesario aportar criterios adecuados para determinar en qué casos deberá imputarse la realización de uno u otro tipo de juicio, y estos deben desarrollarse a partir del concepto de la no integración de la concreta aptitud lesiva, entendida ésta, lógicamente, desde el punto de vista de la integración social y no desde una

b) El otro supuesto en que se agrava la pena, es en función del vínculo que existe entre el sujeto activo y el pasivo: cuando el autor es el hijo, padre o cónyuge de la víctima.³⁴ Se trata de una agravante basada en la infracción de un deber especial por parte del autor, derivado del vínculo que tiene con la víctima, que implica una exigencia de mayor respeto y solidaridad que respecto de personas extrañas.

Es importante aclarar que la redacción de la ley difiere de la contemplada en el art. 80, inc. 1, C.P. –agravante por el vínculo del homicidio y las lesiones–, razón por la cual, por aplicación del principio de legalidad, no es posible incluir a los casos en que el sujeto activo es el abuelo o nieto.

Capítulo 2

El abandono de persona como tipo de omisión

1. Introducción.

El desarrollo del presente capítulo tiene la finalidad de analizar el delito de abandono de personas en la modalidad de tipo penal omisivo. En razón de ello, se abordarán dos grandes cuestiones: la primera consiste en desarrollar qué entendemos por delito de omisión, sus características, para luego analizar las diferencias entre los delitos de omisión propia e impropia; en la segunda, por su parte, se enfocará el objetivo de la investigación en definir si ciertamente puede encuadrarse el delito de abandono de personas en un delito de omisión, o al menos en lo que llamamos un tipo penal alternativo, el cual puede cometerse tanto mediante acción como por omisión.

2. El concepto de omisión en derecho penal.

El orden social, está integrado por bienes jurídicos que se consideran valiosos, tanto de manera individual como la comunidad. Cuando este orden es perturbado, se hace una valoración negativa y si se evitan estas perturbaciones, la situación se valora de manera perspectiva psicológica. El fenómeno de la no integración concurre en aquellos casos en que es posible entender que pese a haber juzgado un sujeto que su conducta era en abstracto peligrosa y haber conocido correctamente también la situación en la que actuaba, dicho sujeto no ha integrado ambos factores en un juicio según el cual su conducta resultaba correctamente idónea para la producción del resultado lesivo”.

³⁴ Art. 107 C.P.: “El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge”.

positiva³⁵. En función de estos juicios de valor positivo y negativo, el orden jurídico establece deberes dirigidos a la persona. En función del contenido del deber, las normas se clasifican en mandatos y prohibiciones.

El mandato exige realizar una acción final, la prohibición veda ejecutar una acción final³⁶. Por lo tanto, podemos decir que son los mandatos los que dan lugar a la omisión, siendo que con ellos se intenta imponer a la persona la realización de acciones que provocan efectos socialmente valiosos o evitan la producción de resultados no deseados³⁷. Pero la omisión no puede considerarse solamente a partir de la no evitación de un resultado, sino que el sujeto activo debe tener capacidad de acción, por lo que se trata de la no evitación de un resultado que para el autor era evitable.

En consecuencia, la capacidad constituye un elemento esencial de la omisión, por lo que, si el sujeto no la posee el mandato no adquiere obligatoriedad de determinado actuar en concreto. Por ello, decimos que el mandato se concreta sólo para quien es capaz de acción, rigiendo respecto a ese sujeto el deber jurídico. Es decir, que es necesario que haya sido posible esa acción, en el caso concreto, para el sujeto, dado que no es jurídicamente exigible la evitación de un riesgo que para el autor concreto no es posible evitar.

Cuando hablamos de capacidad de acción debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) Debe haber posibilidad física de actuar en el caso concreto, es decir, capacidad fáctica para llevar a cabo la acción final omitida³⁸.
- b) Lo que se omite es una acción final, de modo que aquello que se omite debe ser

³⁵ Kaufmann explica que: "Lo que evita que se produzca una muerte o una pérdida de propiedad aparecerá como algo positivo jurídicamente" (KAUFMANN, Armin, Dogmática de los delitos de omisión, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2006, p.24).

³⁶ KAUFMANN, ob.cit., p.25

³⁷ Sostiene Kaufmann que: "Del juicio de valor sobre el acto surge el juicio de deber, el que deba acaecer una acción se convierte en una obligación de actuar: la acción deviene objeto del mandato. Como norma que ordena realizar acciones, el mandato es la forma mental abstracta de la obligación jurídica de actuar en concreto" (KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 24).

³⁸ Afirma Kaufmann que: "Con ello se alude, por una parte a las facultades físicas, a las habilidades manuales, etc., de una persona. Pero también se incluye aquí los datos externos, sin los que no puede llevar a cabo determinada acción: no hay acción de salvamento sin alguien a quien salvar, no hay acción de matar sin alguien a quien matar. Así, pues, debe existir el objeto sobre el que ha de recaer la acción, como también deben existir y estar disponibles los medios de auxilio necesarios para realizar la acción. El miope necesita gafas para apuntar; quien no sabe nadar, si no tiene disponible un salvavidas, no puede socorrer al que se ahoga" (KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 55).

un actuar dirigido por la voluntad hacia un objetivo determinado (dirección final)³⁹.

- c) La capacidad de acción tiene también un aspecto intelectual, que supone representación (como segura o posible) del fin u objeto de la acción omitida⁴⁰; el conocimiento o posibilidad de conocimiento del objetivo sobre el que recaía la acción omitida (ej. que alguien se está ahogando) y la vía de realización, es decir, de los medios adecuados para alcanzar el objetivo⁴¹. En el aspecto intelectual pueden darse supuesto de error, sobre el objetivo de la acción omitida, pudiendo darse la situación en la que el sujeto activo, no advierte que ocurrió un accidente; o un error inverso, en cuyo caso estamos ante una omisión de tentativa inidónea (a modo de ejemplo, que el sujeto activo crea que alguien se está ahogando cuando en realidad está nadando)⁴². Otra clase de error, es que el que puede recaer sobre la posibilidad objetiva de realización, de modo que recién puede hablarse verdaderamente de capacidad de acción cuando al autor le son cognoscibles tales posibilidades. Por ello “si quien permanece inactivo no se ha dado cuenta del medio objetivamente disponible, ni tampoco podría haberse dado cuenta, falta la capacidad de acción. El que no sabe nadar, y no sabe ni puede darse cuenta de que cerca hay disponible un salvavidas, no puede socorrer al que se ahoga. Sin embargo, si al buscar una posibilidad de salvación se habría dado de bruces con el salvavidas, sí fue capaz de acción. Y ello porque pudo darse cuenta del medio de salvación –orientado su obrar por su objetivo de salvar–y emplearlo”⁴³.

³⁹ Explica Kaufmann que: “La realización de la voluntad no sólo es “posible” cuando están dispuestos el objeto de la actividad y los medios del hecho; hace falta más bien el empleo de estos factores, la “dirección final”. Ésta no se limita a la decisión de alcanzar determinado fin, con la subsiguiente inversión muscular, sino que la dirección final requiere supervisión y guía del curso de la acción ya puesto en marcha, hasta tanto se alcanza el fin” (KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 56).

⁴⁰ Afirma Kaufmann lo siguiente: “Así pues, la capacidad para un obrar determinado se apoya siempre en una base cognoscitiva: el conocimiento de, o el considerar posible, el objetivo que ha de alcanzarse...Sólo a partir del objeto percibido puede plantearse y ponerse en marcha la dirección final” (KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 61).

⁴¹ KAUFMANN, ob cit., p.62.

⁴² Sostiene este autor que: “Sin embargo, esta “capacidad de tentativa” se da también cuando el omitente no advierte que en su dirección de acción posible actúa o actuará otro para conseguir el mismo objetivo: si A no se da cuenta de que ya B va a salvar a C, que se encuentra en peligro, objetivamente A no puede alcanzar el resultado de salvación, sino sólo efectuar una tentativa de salvación” (KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 63).

⁴³ Aclara Kaufmann que: “Quien pudo llegar a la conclusión objetivamente errónea de que

Con relación al dolo, al sujeto activo se lo castiga, no por causar el resultado típico, sino por no haberlo evitado. Por ello entiendo que no existe voluntad de omisión, ni dolo de omisión, sino omisión consciente u omisión inconsciente, respecto del poder fáctico potencial sobre la acción omitida. En este sentido, nos encontramos con el “principio de inversión”, el que significa que en la omisión existe una especie de “inversión” respecto de la acción, dado que es esencial que falte la causalidad y la finalidad, que son elementos constitutivos de la acción. Por lo que en la omisión al concurrir en forma invertida los elementos de la acción, nos encontramos con que lo importante no es la decisión de dolo de cometer la omisión sino la falta de decisión de llevar a cabo la acción prescripta a pesar de existir capacidad de decidir. Al respecto, explica Kaufmann que: “la omisión está invertida con respecto a la acción: para ella son esenciales la *falta de causalidad* y la *falta de finalidad*; la presencia de ambas, que caracteriza a la acción, justamente descartaría a la omisión. El ‘problema causal’ de la omisión, en realidad, es el problema de la ‘causalidad potencial’ de la realización de la voluntad omitida, imaginada, mientras que en la acción el problema causal se refiere a ella misma”⁴⁴.

Es decir, en la omisión concurren en forma “invertida” los elementos de la acción:

- No hay que hablar de “comisión de la omisión”, sino de omitir la comisión de la acción prescripta, a pesar de contar con capacidad para hacerlo.
- Lo importante no es la decisión (dolo) de cometer la omisión, sino la falta de decisión de llevar a cabo la acción prescripta, a pesar de existir capacidad de decidir.
- No es relevante la “tentativa de omisión”, sino omitir la tentativa de realizar la acción prescripta, pese a tener capacidad para ello.
- Lo significativo no es la “autoría mediata por omisión”, sino la omisión de ejecutar la acción prescripta como autor mediato.
- No hay “complicidad con la omisión”, sino omisión de la complicidad para que un tercero cumpla el mandato⁴⁵.

determinada acción era factible es capaz de una acción de tentativa” (KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 64).

⁴⁴ KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p.103.

⁴⁵ El autor aclara que: “El principio de inversión cabe formularlo, asimismo, de otro modo, desde la homogeneidad de los fenómenos: si en la acción omitida aparece la misma manifestación que en la acción cometida, el delito comisivo depara el efecto inverso. También aquí surgen enseguida algunos supuestos de aplicación: Mientras que realizar la acción prohibida fundamenta la tipicidad en el delito comisivo, en el omisivo precisamente la realización de la acción prescripta excluye la tipicidad. La tentativa fallida de la acción prohibida da lugar (en su caso) a punibilidad; la tentativa fallida de realizar la acción prescripta tiene efecto eximente. El desistimiento de la tentativa de la acción prohibida ha de valorarse negativamente; la ‘inducción’ a la acción prescripta, positivamente” (KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 104).

Por lo tanto, de acuerdo a la concepción hasta aquí analizada, los delitos de omisión no tienen como base a la acción sino a un concepto diferente a ella: la omisión. No obstante, hay quienes no comparten este criterio y consideran que debe partirse de un concepto general de acción que abarque tanto a la acción en sentido estricto como a la omisión⁴⁶. Por otra parte, no todos aceptan el principio del reverso o de la inversión, pues se rechaza partiendo de la idea de que el sistema penal se deriva de valoraciones político–criminales centrales y que valen igualmente para la acción y para la omisión. Por lo que el autor activo y el omitente pueden decidirse por la posible lesión del bien jurídico y actuar dolosamente⁴⁷.

Ahora bien, es perfectamente factible considerar a la omisión como un concepto “pretípico”, si tenemos en cuenta que la omisión depende de dos condiciones: a) la expectativa de acción y b) la capacidad individual de acción. Veamos:

- a) En primer lugar, la omisión sólo se constituye a través de una expectativa de acción, lo que puede presentarse incluso respecto de situaciones sin ninguna relevancia penal⁴⁸.
- b) Cuando este autor habla de capacidad de acción, lo hace en el mismo sentido que sostenemos al decir que la omisión, no se dará al destinatario de la norma cuando le sea imposible físicamente la acción esperada⁴⁹.

⁴⁶ ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General, Especiales formas de aparición del delito, T II, sección 10 “el delito de omisión”, p. 754–755, sostiene que: “Es posible construir un concepto de omisión pretípico, que como el concepto del hacer o actuar puede ser subordinado a un supra–concepto general de acción. Según la concepción aquí desarrollada, la acción en el sentido del Derecho penal es una manifestación de la personalidad y en este concepto se incluye también la omisión. Cuando alguien en un círculo en el que reza o se canta no reza o no canta con los demás omite un cántico conjunto a una oración conjunta. Este “no hacer con los demás es una manifestación de la personalidad exactamente igual que lo hubiera sido la activa participación en las actividades comunes. El concepto de la manifestación en ello su personalidad como la de una persona distraída o descuidada”,

⁴⁷ ROXIN, Derecho Penal, cit., p.754.

⁴⁸ ROXIN, Derecho Penal, cit., p.755. Explica con un ejemplo: “Así, el guardar silencio en el canto en común o en la oración conjunta contradice una expectativa social y por lo tanto es una omisión. Pero ya es suficiente para una omisión que alguien prometa una carta a una persona allegada, a quien luego no escribe. Así, ya por esta defraudación de la expectativa individual, puede considerarse la no actividad como una omisión. En cambio, si falta aquella expectativa, no puede hablarse de ninguna omisión. Todo el mundo podría hacer cada día muchas cosas en las que ni él ni otros han pensado nunca: suicidarse, emborracharse, desaparecer de repente, etc. Pero no haber hecho eso no fundamenta aún ninguna omisión”.

⁴⁹ Roxin expone que: “...el caso si al que permanece inactivo le falta la capacidad de acción corporal. Si una persona que se está ahogando únicamente puede ser librado de la muerte por

Otra cuestión a desarrollar es la causalidad en los delitos de omisión, en la que solo puede hablarse de causalidad potencial o hipotética. Se llega a esta idea, dado que si la intervención humana en el acontecer causal siempre genera modificación, en el caso de la omisión, se puede suprimir mentalmente al omitente sin que decaigan los efectos que se han producido. Es decir, “el omitente no es causal de la ausencia de determinado empleo de energía, esto es, de la ausencia de la acción imaginada, y, por tanto, tampoco es causal de las consecuencias de su no actuar. Por el contrario, en la acción es evidente que el sujeto actuante es causal de su actuar, pues lleva a cabo la acción. Por reunir en el concepto de omisión a una persona capaz de acción con una circunstancia que a su vez puede ser causal de consecuencias, esto es, con la negación de la acción, no surge ninguna relación causal entre el sujeto capaz de acción y ausencia de acción; los elementos de la omisión quedan reunidos por la capacidad de acción: por la causalidad potencial y la finalidad potencial”⁵⁰. En definitiva, “El autor de omisión no es castigado porcausarel resultado típico, sino por *no* haberlo *impedido*...La única cuestión legítima dentro de los delitos de omisión se dirige a si el llevar a cabo la acción omitidahabría impedido el resultado”⁵¹.

el salvamento de un nadador, no omite la acción de salvamento quien, por no ser nadador, permanece sentado junto a la orilla sin hacer nada. Sin embargo, si esta persona puede pedir ayuda, entonces sí tiene capacidad de acción –porque la acción esperada no tiene por qué hacerse personalmente. Y por lo tanto omite el salvamento cuando permanece inactiva. Con mayor razón aún, no existe omisión si debido a la distancia espacial es imposible una actuación: quien está en Múnich no puede al mismo tiempo omitir la ejecución de una acción esperada u obligada en Hamburgo. Pero la imposibilidad física puede deberse también a la falta de recursos, o de aptitudes y conocimientos técnicos: quien en un paraje solitario encuentra a un herido grave no omite si permanece inactivo porque no tiene un móvil para llamar a una ambulancia, ni tampoco tiene el instrumental, ni las aptitudes técnicas, ni siquiera simplemente los conocimientos para realizar él mismo la necesaria operación de urgencia” (ROXIN, Derecho Penal, cit., p.756).

⁵⁰ KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 81.

⁵¹ KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 84. No obstante, expone Ingeborg Puppe que: “Según la doctrina dominante no existe causalidad de la omisión, porque “algo que no es” no puede participar en la estructura de aquello “que es”. Por eso, la conexión de imputación entre la omisión y un resultado debe estar en la llamada cuasicausalidad, cuando no pudo prescindirse del acto requerido al autor, sin que se suprima el resultado. Pero una omisión no es algo que no es. Lo que no es es el acto omitido; la omisión en sí misma es algo, porque el hecho de que el autor haya omitido el cumplimiento del mandato es cierto. Así, no existe ninguna razón para describir la relación entre omisión y resultado como causalidad. Dado que la teoría de la cuasicausalidad postula una conexión real entre la omisión y el resultado, a la cual no se la quiere llamar causalidad, se trata de una controversia

Son tres los requisitos que configuran la omisión:

a) *La situación típica:*

Se trata del punto de partida para poder responder a la cuestión de la ausencia de la acción prescripta en el mandato a la persona concreta. Se entiende a las “circunstancias que han de eliminarse, modificarse, protegerse o en general verse influidas por la acción prescripta por la norma. Son los objetos de influencia de la acción prescripta⁵²”.

b) *La ausencia de tentativa de alcanzar el fin del mandato* (ausencia de un acto con tendencia a evitar el resultado).

El segundo elemento básico de la omisión es, precisamente, la no realización de la acción exigida por el mandato, es decir, de la conducta final que la norma imponía en el caso concreto, de una acción con tendencia a cumplir el mandato. También puede ocurrir lo que se conoce como “tentativa interrumpida”⁵³: a modo de ejemplo el sujeto que se dirige a la comisaría para denunciar un plan delictivo pero a mitad de camino se vuelve; quien se apresuraba a socorrer al accidentado pero se da vuelta porque no quiere mancharse con sangre. La tentativa interrumpida de cumplir el mandato es, para Kaufmann, una omisión punible. Se llega a esta conclusión aplicando la regulación de la tentativa pero invirtiendo el signo, por aplicación del principio de inversión. En su opinión: “El desistimiento voluntario de la tentativa de la acción prescripta opera precisamente fundamentando la punición”⁵⁴. Diferente es el caso de la tentativa fracasada de cumplir el mandato, en la que el sujeto activo podría alcanzar el fin prescripto, pero recurre a un medio inadecuado, supuesto que también constituye una omisión, en la medida en que el autor haya podido advertir la situación –cuando podía saber que existía un medio más idóneo para cumplir el mandato–

c) *La capacidad de acción* (poder fáctico finalpotencial).

En este punto hay que cuestionar si el sujeto que permanece inactivo podría haber concebido y llevado a cabo una decisión de realizar la acción prescripta, es decir, la posibilidad de obrar finalmente. Al respecto, este elemento no se determina únicamente desde un plano

terminológica. La relación empírica entre la omisión y la producción del resultado, llamada causalidad o cuasicausalidad, tiene la misma estructura lógica que la causalidad de la acción. El hecho de que el autor de la omisión no haya hecho algo que tenía o debía hacer debe ser un componente necesario de una condición suficiente y cierta de la producción del resultado”. Revista de Derecho Penal, Imputación, causalidad y ciencia Tomo I Artículo “La teoría de la imputación objetiva y su aplicación”. Buenos Aires, Ed. Rubinzal–Culzoni, Año 2010. Pag.81/82.

⁵² KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, p. 113.

⁵³ KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 123, diferencia este supuesto de la “tentativa fracasada o fallida”, que se da cuando no basta los medios empleados para alcanzar el fin perseguido y, por ello, la acción queda atascada en la fase de tentativa.

⁵⁴ KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 124.

objetivo, sino también subjetivo, pues el conocimiento de la situación típica y de la posibilidad de actuar es la base cognoscitiva de la capacidad de acción; sin ella no puede llevarse a cabo la prestación final prescrita⁵⁵. Para “el dominio del hecho final potencial” (objetivo), se requiere ya que la persona conozca la situación típica, la dirección posible de la acción⁵⁶. Por lo tanto, en el poder fáctico final potencial se debe verificar que el sujeto debe tener conocimiento de la situación típica y la cognoscibilidad de la vía para realizar la acción prescrita—la posibilidad de realizar la decisión de actuar—.

No obstante, la capacidad de obrar se encuentra íntimamente relacionada con la posibilidad de dirección final del acto, no así la capacidad de motivación, que no se manifiesta en la dirección final. En tal sentido, “la capacidad de obrar, pues, está referida en sus requisitos únicamente a la posibilidad de dirección final del acto. Es ‘poder fáctico final’, contiene un ‘poder genuino’. Es —como toda capacidad— una propiedad de la persona”⁵⁷. Podemos decir que no forma parte de la acción final omitida la capacidad de motivación. Explica Kaufmann que: “Quien con amenazas se ve forzado a omitir sigue siendo *capaz* de acción, al igual que conserva la dirección *final* cuando se le fuerza a actuar. Sin duda, también el inimputable puede obrar finalmente. Al obrar, demuestra su capacidad de dirección final. No obstante, el *inimputable* puede ser *capaz* de *acción* con respeto a otras acciones no llevadas a cabo, con tal que reúna los requisitos físicos e intelectuales para ello y la medida de fuerza de voluntad necesaria para la *ejecución* de una acción. Sobre si existió posibilidad de motivación, si la voluntad fue ‘libre’ de obrar, pero no se ha obrado, nada se expresa al verificar la capacidad de acción. Ambas cuestiones pueden separarse”⁵⁸.

3. La diferencia entre omisión propia e impropia.

Surgen diferentes criterios para distinguir la omisión propia de la impropia, uno de ellos y que comparto, es la delimitación, según si se encuentra o no prevista expresamente en la ley la

⁵⁵ KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 17

⁵⁶ El autor ejemplifica: Quien no sabe que el plan delictivo existe (138StGB), no es capaz de presentar la denuncia prescrita. Quien no sabe (o al menos no tiene por posible) que debido al accidente, se cerne un gran daño sobre los ocupantes del vehículo (330 c St GB), no es capaz de prestar el socorro debido.

⁵⁷ KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p.60

⁵⁸ Sostiene Kaufmann que: “Se debe separa ambas cuestiones, ya que la indagación se encamina por lo general —si bien no necesariamente—, en primer lugar, a si pudo realizarse algo finalmente, y sólo entonces a si para ello existió también la posibilidad de motivación; así pues, se presupone la capacidad de acción cuando se pregunta por la posibilidad de motivación” (KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 58).

omisión como modalidad típica. Es decir, un delito será de omisión propia cuando el tipo contempla expresamente a la omisión y, en cambio, será de omisión impropia cuando se trate de un tipo comisivo –en el que la conducta típica consiste en una acción–, pero cuando ese mismo tipo penal puede ser cometido a través de una omisión. Por ejemplo, el homicidio (art. 79, C.P.) o las lesiones (arts. 89 y ss., C.P.) son delitos de comisión, pero en ciertas circunstancias pueden ser cometidos a través de una omisión, supuesto en el cual nos hallamos ante responsabilidad por omisión impropia.

El criterio de la posición de garante, no permite diferenciar a la omisión propia de la impropia, dado que “exigencias especiales dirigidas al sujeto del mandato se encuentran también en el ámbito de los delitos de omisión propia”⁵⁹. La diferencia entre omisión propia y la impropia, se encuentra basadas en razones axiológicas. Para realizar la clasificación de un delito de omisión impropia, es necesaria una relación singular del especial sujeto del mandato con el bien jurídico garantizado, una posición de obligado, por el contenido del injusto y de culpabilidad, justifique la equiparación de omitir impedir el resultado con ejecutarlo. Cuando se encuentra el sujeto en posición de garante que sustenta la equiparación al merecimiento de pena, esto constituye una cuestión valorativa, y se genera un problema axiológico. No resultando suficiente la “posición de garante” para fundamentar una clasificación diferente entre los delitos de omisión, ya sea propia o impropia, dado que no existe diferencia estructural entre estos⁶⁰. Es de destacar que los delitos de omisión impropia son aquellos en los que no está resuelto el problema de la equiparación de la omisión a la comisión, por parte del legislador, por lo que decimos que las infracciones cometidas por el garante son “impropias” cuando no están tipificadas en la propia ley, presentándose por ello serios cuestionamientos desde el punto de

⁵⁹ KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 282.

⁶⁰ Explica Kaufmann que: “La clasificación de un delito de omisión impropia requiere, además del carácter de delito especial, una relación singularmente estrecha del especial sujeto del mandato con el bien jurídico garantizado, una posición de obligado que, por su contenido de injusto y de culpabilidad, justifica la equiparación de omitir impedir el resultado con ejecutarlos. Cuando se da tal posición de garante que sustenta la equiparación en cuanto a merecimiento de pena constituye una cuestión valorativa, un problema axiológico y no dogmático. El incremento cuantitativo del contenido de injusto basado en la cualidad especial del agente no fundamenta una heterogeneidad dogmática para los delitos propios e impropios. No existe diferencia estructural general –como la que media, p.ej., entre los delitos especiales y los comunes, comisibles por cualquiera– entre los delitos omisivos impropios y propios. Sólo a diferencias cualitativas habría que vincular la delimitación dogmática entre delitos de omisión propios e impropios; el incremento cuantitativo del contenido de injusto, basado en la cualidad especial de garante, no resulta idóneo para ello” (KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 283).

vista del principio de legalidad⁶¹, por la falta de taxatividad del tipo de omisión impropia⁶².

Por tal motivo, partiendo de la posición aquí defendida, pueden existir delitos de omisión propia –expresamente tipificados– de acción y también de resultado. Es decir, los delitos de omisión propia no son necesariamente delitos de simple infracción al deber (como por ejemplo, los contemplados en los arts. 108, C.P. –omisión de auxilio–, en el art. 173, inc. 2, C.P. –retención indebida– o el incumplimiento de la obligación de declarar como testigo –arts. 273, C.P.–, sino que el legislador puede contemplar formas típicas en las que el resultado se imputa a una omisión.

4. Caracterización del “abandono” como forma de omisión propia o impropia.

Tal como vimos al comienzo, el tipo penal del art. 106 contiene dos modalidades distintas: el colocar en situación de desamparo o abandonar a su suerte. En el primer supuesto, nos hallamos en realidad ante un delito de comisión, pues se describe una conducta que es contraria a una prohibición, es decir, la situación de peligro para la vida o la salud de la víctima, prevista como elemento típico, es consecuencia de una acción realizada por el sujeto activo. En cambio, respecto de la otra modalidad contemplada –el abandono– sí nos encontramos ante una modalidad omisiva, basada en la infracción a un mandato.

Considero que en el abandono propiamente dicho nos encontramos frente un delito de omisión propia, dado que se trata de uno de los supuestos en los que la omisión encuentra tipificada en el Código Penal de manera expresa. De la lectura del artículo es posible interpretar que el sujeto activo tiene una posición jurídica especial sobre la víctima y el mandato que surge de la letra del art. 106 está dirigido a quienes tienen un deber jurídico preexistente, pudiendo ser generados por disposición legal, por aceptación voluntaria o por conducta precedente. Cada una de las fuentes de deber mencionadas, sitúan al sujeto activo en el rol de garante en relación al sujeto pasivo.

⁶¹ Expone Kaufmman lo siguiente: “estas infracciones de garante son ‘impropias’ en tanto que no están tipificadas en la propia ley y su concepción y delimitación, por ello, sigue siendo difícil desde el punto de vista de la política jurídica, y probablemente desde el principio de legalidad” (KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 283).

⁶² Sostiene Kaufmman que: “El problema de la falta de taxatividad del tipo de omisión impropia no cabe superarlo con ninguna construcción doctrinal, sea del género que sea. La problemática, desde la perspectiva del principio de legalidad, Sólo se resuelve allí donde resulta posible plasmar en la propia ley –o al menos en un Derecho consuetudinario más detallado, que ésta dé por bueno–la Parte Especial de los delitos de omisión impropia” (KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 288).

De la letra del artículo que reza: “...*el que abandonare a su suerte...deba mantener o cuidar o a la que haya incapacitado*”, se desprende una norma que contiene un mandato, que ordena al sujeto activo un actuar, cuyo cumplimiento es valorado por la comunidad de manera positiva, debido a que implica un obrar en defensa de un bien jurídico considerado fundamental para la sociedad. Por el contrario, el incumplimiento del mandato es valorado en forma negativa y da lugar a la configuración típica. En consecuencia, al hallarse la omisión específicamente contemplada en el tipo y debido a que éste se basa, justamente, en la infracción de un mandato, nos encontramos ante un delito de omisión propia⁶³.

Capítulo 3

El deber de garante en el delito de abandono de persona.

1. Introducción.

En este capítulo se abordará la temática principal, que versa sobre el deber de garante en el delito de abandono de persona. En tal sentido, analizaré los diferentes supuestos que dan lugar a una posición de garante, con la finalidad de poner a prueba la hipótesis del comienzo, es decir, la idea de que la única fuente de posición de garante debe ser la ley.

Ante de ello, es importante hacer una aclaración fundamental. Es sabido que existe una fuerte controversia acerca de la constitucionalidad de la llamada responsabilidad penal por omisión impropia. Los cuestionamientos constitucionales se basan en que, por un lado, usualmente en los tipos de la parte especial no se ha previsto expresamente la responsabilidad por omisión. Es decir, estos tipos penales no se encuentran legalizados—no se hallan escritos en la ley—, de modo que recae en el juez la potestad de completar la falta de previsión legal, encontrándonos ante lo que se ha denominado tipo penal abierto.⁶⁴ Dicho de otro modo, son simples construcciones para habilitar una elaboración analógica de tipos penales. Y la situación del Código Penal argentino es aún peor, pues no existe una cláusula legal que establezca en qué situaciones una persona asume la posición de garante ni tampoco cuándo la omisión

⁶³Al respecto se ha dicho que “abandonar a su suerte” se trata de una obligación de hacer, que no se cumple. El sujeto activo está obligado a no abandonar a su suerte a otro, es decir, está obligado a prestarle cuidados. Pero el Derecho no puede establecer la obligación de ayudar a todo el mundo, de manera que sólo impone la de no abandonar a ciertas personas” (MOLINARIO, Alfredo, Los delitos, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1996/1999 T 1, pág. 304).

⁶⁴ PATIÑO CASTRO, I. Definición y elementos de la Inconstitucionalidad por Omisión, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 74.

puede ser equivalente a la acción prevista en el tipo.⁶⁵ No obstante ello, se ha aceptado esta forma de responsabilidad penal, aun cuando nos encontremos ante una construcción análoga, con miras a la necesidad de no admitir, por considerarlo grave, una supuesta impunidad de los impropios delitos de omisión no escritos⁶⁶.

Sin embargo, en lo que aquí nos interesa, las críticas constitucionales mencionadas no resultan aplicables al delito de abandono de persona, pues justamente nos encontramos ante un caso en el que, en la descripción de la parte especial, se ha estipulado legalmente en qué situaciones se tiene una posición de garante. Es decir, en el delito en estudio, surge una tipificación expresa de la omisión en el Código Penal, lo que resulta respetuoso del principio de legalidad. No obstante, puede surgir alguna duda en relación al carácter abierto de la fórmula empleada por la ley, según la cual, el delito puede cometerse “abandonando a su suerte a una persona a quien se deba mantener o cuidar, o a la que el mismo autor haya incapacitado”, pero en rigor de verdad, no nos encontramos ante un tipo abierto inconstitucional, sino ante un tipo penal que contiene uno o más elementos de carácter abierto, lo que no impide que pueda conocerse con seguridad cuál es la acción u omisión punible. Nos encontramos ante elementos de carácter valorativo o normativo, que requieren especiales valoraciones e interpretaciones, pero que no generan la inconstitucionalidad.

2. Fuentes de la posición de garante.

Cuando hablamos de las fuentes de la posición de garante, lo primer que hay que aclarar es que, siendo la posición de garante un deber especial, no se le exige una actuación positiva a cualquier individuo, sino a alguien que es identificado, en orden a un vínculo determinado, que lo une con el bien de que se trate, y al que el Derecho quiere proteger. Y es jurídico, porque constituye una exigencia que impone el Estado, utilizando su aparato de poder, al exigir directrices de conducta bajo coerción. Es decir, no hablamos de un compromiso moral, sino de un deber cuyo acatamiento se exige bajo amenaza de que se pondrán en movimiento los mecanismos estatales para castigar de alguna manera al infractor. Como resulta obvio, cualquiera sea el supuesto fáctico con trascendencia al mundo del derecho, la persona sobre la que recae el compromiso de actuar, no tiene el deber de evitar el resultado, sino el deber de hacer lo que esté a su alcance para que, actuación que ha sido impuesta con la finalidad de evitar que dicho resultado acontezca. Lo prohibido, entonces, no es el resultado, sino no realizar, quien tiene el deber jurídico de emprenderla, la actuación menester y posible, para que no tenga lugar el efecto al que se refiere el tipo de la ley penal⁶⁷. A este sujeto, que se encuentra en una tan estrecha vinculación con el bien jurídico que pretende resguardarse, el

⁶⁵ CABALLERO, J., Teoría del Delito, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1993, p. 195–197.

⁶⁶ RIGHI, E. & FERÁNDEZ, A. A. Derecho Penal, Buenos Aires., Ed.Hammurabi, 2005, p. 246.

⁶⁷ CARRARA, F., Programa del Curso de Derecho Criminal, San José de Costa Rica, ILANUD, 2000, p. 13.

Derecho lo ubica en el rol al que se le llama garante. Juristas como Feuerbach⁶⁸ identificaron, cuáles son los manantiales, de los cuales emana la obligación jurídica, sin cuya concurrencia, no puede haber ningún perpetrador por omisión. Según, lo expuesto por Feuerbach⁶⁹, son la ley y el contrato. La doctrina posterior calificó a la ley, al contrato y a la conducta precedente como las tres fuentes formales de la posición de garante.⁷⁰

2.1) Las fuentes formales.

a) En cuanto a la ley, como fuente del deber de garante, corresponde incluir los deberes de cuidado, de auxilio y alimentos de los padres con sus hijos naturales o adoptivos, de los hijos para con sus padres y de esposos entre sí. La ley es la fuente más antigua de la posición de garante, en este sentido proviene de la ley el deber de cuidado de los padres hacia los hijos menores de edad⁷¹, siendo el mismo origen el de los hijos de cuidar y alimentar a sus padres durante la ancianidad o enfermedad y se extiende de los abuelos y bisabuelos⁷². Esta responsabilidad está indicada hacia vínculos naturales estrechos, ante lo que se conoce como comunidad familiar afectiva, en la cual en caso de que los hijos adultos dejan la casa de sus padres, decimos que la posición de garante no desaparece como tal, no desaparece forzosamente, sino que, en caso de ser requerida la ayuda por peligros graves para la vida, integridad o libertad, los padres tienen el deber de asistencia y protección. En relación a los cónyuges que viven separados toma relevancia la situación desde qué momento existe una separación, en el supuesto en que uno de los conyugues ha abandonado de modo reconocible la vida conyugal⁷³.

Así también sucede en el caso de los hermanos, en el que existe posición de garante, cuando ellos viven en una comunidad familiar y se exige que uno de ellos tome un lugar de "custodia real"⁷⁴. En el supuesto de hijos extramatrimoniales, se exige no solo un criterio jurídico de parentesco, sino que el padre biológico tenga una relación de cuidado o bien la custodia.

Así también La Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (ley n° 24.660) genera a los magistrados y agentes del servicio penitenciario, obligación de mantener y cuidar

⁶⁸ FEUERBACH, P. & von Ritter, J. A., Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989, p. 66.

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ Respecto del abandono de persona, alude a la ley, el contrato y la acción anterior, SOLER, Derecho Penal, cit., p. 191. En similar sentido, NÚÑEZ, Tratado, op. cit., p. 304.

⁷¹ Arts. 265 y 267 CC; arts 646, inc. a.

⁷² Arts. 266 y art. 671 CC

⁷³ Se ha afirmado que la posición de garante decae antes de que corra el plazo de un año de separación (ver WESSELS, Johannes, BEULKE, Wernery SATGER, Helmut, Derecho Penal, parte general. El delito y su estructura, Editorial Instituto Pacifico S.A.C, 2018, pág. 503.

⁷⁴ Ídem.

a las personas privadas de su libertad⁷⁵.

b) En el caso del contrato, en relación a las relaciones contractuales, el deber de garante emerge en cuando existen circunstancias especiales y también de modo excepcional con base en el principio de buena fe. Se exige que exista una relación de confianza o comercial permanente y estrecha.

c) En cuanto a la posición de garante por conducta precedente, cabe incluir a los casos en los que ha sido el propio autor quien generó la situación de riesgo sobre el bien jurídico. Es decir, quien a través de su propia conducta crea un peligro contra el bien jurídico asume, al mismo tiempo, una posición de garante. Ahora bien, se discute en este supuesto si la obligación puede surgir de una conducta ilícita o también lícita. Por otra parte, respecto de las conductas ilícitas, la duda es si debe tratarse de comportamientos dolosos o también se incluyen los imprudentes, es decir, acciones contrarias al deber objetivo de cuidado realizadas sin dolo.

No hay ninguna duda que genera posición de garante la conducta ilícita dolosa. El ejemplo puede ser el de un niño que es secuestrado, a quien después se abandona a su suerte. Sin embargo, también cabe incluir también el supuesto en que la conducta anterior se origine por una violación de un deber de cuidado por parte del autor, como ser el caso en que un conductor atropella al peatón, dando lugar al supuesto de abandono de persona en que el autor haya incapacitado.⁷⁶ En este ejemplo, es dable entender que aquí no se configura el delito de abandono, si la víctima fue atropellada en pleno día, en una calle céntrica y en presencia de otras personas, que pudieran auxiliarla, pero no porque no haya posición de garante, sino debido a que la omisión no está destinada objetiva y subjetivamente a generar un peligro para la vida o salud de la víctima.

Considero que para que exista reproche penal y se pueda incluir al sujeto activo en una posición de garante por conducta precedente, ésta debe ser jurídicamente desaprobada, de modo que cabe excluir a las acciones lícitas⁷⁷. Explica Roxin, que: “El BGH entiende que una posición de garante se deriva “de conductas precedentes peligrosas contrarias a deber (injerencia)... Pero la dificultad de tal construcción estriba en la fundamentación de la infracción del deber. El BGH la justifica con estas palabras: la infracción del deber objetivo por parte de la conducta previa no presupone que el agente ya vulnera por eso sus deberes de cuidado, y que se ha comportado por tanto imprudente... En este sentido, basta la desaprobación jurídica del

⁷⁵ Arts. 58, 59, 185, inc. c, de la ley 24.660.

⁷⁶ Este supuesto es tomado fue tomado del art. 141 del Anteproyecto Soler de 1960.

⁷⁷ En cambio, afirma Soler que “El acto de incapacitar puede en sí mismo ser inocente o meramente culposo. Como ejemplo del primer tipo, podría darse al del cirujano que comenzó una operación y deja al enfermo, sin que ocurra nada más que la situación de peligro derivada de alejarse o dejar interrumpida la operación” (SOLER, Derecho Penal, cit., p. 192). Sin embargo, considero que el ejemplo del cirujano no constituye un caso de conducta precedente, sino de garante por aceptación voluntaria.

resultado de puesta en peligro. La cuestión de si la conducta de quien ha provocado tal resultado le es reprochable en el sentido de culpabilidad personal, es algo que no interesa⁷⁸. En este sentido se entiende que la infracción del deber objetivo presupone un injusto o ilícito en la conducta, no es posible admitir una infracción del deber por parte de una conducta sin una vulneración del deber de cuidado o diligencia. La posición de garante por actuar precedente nunca puede ser derivada de la mera causalidad, sino sólo a partir de la imputación objetiva del actuar precedente. Toda persona, está llamada a actuar como garante y proteger aquellos bienes jurídicos que resulten amenazados por una fuente de peligro creada por ella misma.

La posición de garante, emergente de una conducta anterior, tiene su fundamento en una norma general, según la cual, no está permitido causar un mal a la sociedad, que no se habría producido sin la asistencia del sujeto, de donde surge el deber de evitar el daño emergente de una conducta precedente; en la circunstancia de que la prohibición de causar un daño, contiene al mismo tiempo, el mandato de apartar el peligro creado por la propia acción precedente; en la concepción popular que determina al actor o en la interpretación según el común sentir; en ser la consecuencia de una perturbación del orden primario de protección⁷⁹.

2.2 Fuentes materiales.

No obstante, un sector importante de la dogmática considera que no sólo debe reconocerse a las tres fuentes mencionadas –como generadores de posición de garante–, sino que también corresponde incluir a las llamadas fuentes materiales, entre las que se ha incluido a la comunidad de vida y a la comunidad de peligro.

En cuanto a la primera, se suelen incluir situaciones de convivencia que no se encuentran previstas ni reguladas legalmente –por ejemplo, un grupo de amigos o estudiantes que comparten una misma vivienda. Este supuesto es lo que algunos autores denominan como convivencia fáctica, que se da cuando una comunidad comparte una vivienda, o bien relaciones de amor pasajeras. Considero que ello no es suficiente como para generar una posición de garante, fundado ello en que si así fuera, cualquier forma de convivencia humana extendería de un modo inapropiado el deber de protección⁸⁰.

En la comunidad de peligro, por su parte, se incluyen los casos en los que varias personas llevan a cabo alguna actividad riesgosa en común –por ejemplo, los alpinistas que deciden participar de una escalada o quienes realizan una travesía náutica en un velero.

Un sector importante de la dogmática se esfuerza en llevar a cabo una clasificación de

⁷⁸ ROXIN, Claus Derecho Penal, Parte General, Tomo II Especiales formas de aparición del delito, cit., pag.921

⁷⁹ TORÍO LÓPEZ, A., Límites políticos Criminales del delito de comisión por omisión, en Madrid, UC3, 184, p. 693 y ss.

⁸⁰ Así lo sostienen WESSELS, BEULKE y SATGER, Derecho Penal, parte general, cit., pag.504.

acuerdo a criterios materiales, reduciéndose las posiciones a supuestos de “garante de protección de bienes jurídicos” o “garante de vigilancia de peligros”.⁸¹ Veamos:

1. Por un lado tenemos nos encontramos con mandatos que tienen por objeto evitar la lesión a bienes jurídicos. En este caso el garante debe evitar la lesión a un bien jurídico, pero el sujeto del mandato puede tener que estar vigilante para proteger ese bien jurídico contra ataques no determinados. Por lo que el garante tiene un bien jurídico determinado, y posibles ataques los que no están determinados y puede ser amplios. Esta posición de garante tiene una vinculación con el bien jurídico que surge de la relación existente con el sujeto titular de dicho bien. A modo de ejemplo quedan comprendidas las relaciones de protección del padre hacia el hijo y se amplía a ciertas relaciones familiares. Estamos frente a casos especiales de protección respecto de determinados bienes jurídicos, estos pueden ser: normas jurídicas especiales; vínculos naturales estrechos; una comunidad de vida o de peligro; la asunción voluntaria de deberes de protección y asistencia; el posicionamiento como funcionario público o como órgano de personas jurídicas. En estas distinciones, cuando hablamos de normas especiales, nos referimos a lo que surge de la ley, en relación a los vínculos naturales estrechos, hablamos de conyugues, parientes de primera línea; en los supuestos de comunidad de vida o peligro, nos encontramos con casos en los que surge una mera convivencia causal, la que no resulta suficiente para ubicar al sujeto en el rol de garante, Distinto es el supuesto, asunción voluntaria de deberes de protección y asistencia, a modo de ejemplo, el tratamiento médico, el servicio de enfermería, la tarea de niñeras, las funciones de guía de montaña. En este hipotético lo decisivo para la fundamentación de la posición de garante no es aquí la validez jurídico-civil del acuerdo contractual, sino la asunción fáctica del

⁸¹ Así afirma Kaufmann que: “Objeto de los mandatos de evitar resultados, relevantes para los delitos de omisión impropia, es por lo general el impedir la lesión de bienes jurídicos. La posición de garante consiste, pues, en una posición de protección con respecto a un bien jurídico. La tarea de defensa del garante puede orientarse en dos direcciones: por una parte, el sujeto del mandato puede tener que estar ‘vigilante’ para proteger determinado bien jurídico contra todos los ataques, vengan de donde vengan; aquí la función de protección consiste en la ‘defensa en todos los flancos’ del concreto bien jurídico contra peligros de todo género.... Por otra parte, la posición de garante puede consistir en la supervisión de determinada fuente de peligros, no importando a qué bienes jurídicos amenazan peligros desde esta fuente. La misión de protección del garante tiene por contenido el ‘poner coto a la concreta fuente de peligros’, sólo secundariamente, como efecto reflejo, se deriva la garantía de aquellos bienes jurídicos amenazados por esta fuente de peligros. Desde la perspectiva del bien jurídico concreto, la función protectora del garante se reduce a una sola dirección de ataque: a aquella que amenaza al bien jurídico desde la fuente a la que hay que controlar” (KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, cit., p. 289/290). Adopta la misma diferenciación BACIGALUPO, Enrique, Delitos impropios de omisión, Dykinson, Madrid, 2005, p. 145).

respectivo deber de protección.⁸²También nos encontramos con el supuesto de la posición de funcionario público o de órgano de personas jurídicas vinculadas a un conjunto de deberes. La cuestión que se plantea es acerca de que en qué medida los deberes funcionariales fundamentan al mismo tiempo deberes de garante, respecto de lo cual, no hay una sola opinión, pero ello dependerá del tipo de deber funcional y del respectivo ámbito de funciones. A modo de ejemplo, el docente, porta el deber de vigilancia y tiene que evitar que los alumnos practiquen actos violentos contra sus compañeros; a los agentes policiales le corresponde, en el marco del ejercicio de sus funciones y dentro de los límites del ámbito espacial y objetivo de responsabilidad, el deber de impedir la comisión de delitos y de proteger los bienes jurídicos del individuo o de la comunidad⁸³.

2.También existen otras situaciones en las que la posición de garante no se basa en el deber de proteger ciertos bienes jurídicos contra cualquier clase de peligro, sino más bien, en el deber de vigilar cierta fuente de peligro, es decir, evitar que dicha fuente afecte bienes jurídicos. En este supuesto de deber de protección, nos encontramos frente a los deberes de aseguramiento del tráfico;de vigilancia de terceros; de un comportamiento precedente peligroso y contrario al deber (injerencia) y la puesta en circulación de productos.⁸⁴

Es importante tener en cuenta que el fundamento de la responsabilidad por injerencia conduce a exigir que este actuar precedente debe haber sido peligroso, con relación al resultado producido, de manera que haya creado el peligro próximo de realización de resultado⁸⁵.

3. Las fuentes del deber de garante en el delito de abandono de persona.

a) En el delito en estudio, con relación al supuesto en que el sujeto“deba mantener o cuidar”, si bien constituye un elemento del tipo abierto, entiendo que se alude a los casos de posición de garante por ley o por aceptación voluntaria. Diferente es la hipótesis vinculada a los casos en que “el autor haya incapacitado”, pues es ahí donde nos encontramos como fuente con la conducta precedente que, en rigor de verdad, se basa en que la ley le impone al sujeto

⁸² WESSELS y BEULKE, Derecho Penal, parte general, cit., pag. 505.

⁸³WESSELS y BEULKE, Derecho Penal, parte general, cit., pag.506.

⁸⁴Por ejemplo, el poseedor de la casa, el propietario de un terreno, el dueño de un automóvil o el propietario de un negocio peligroso respecto de las fuentes de peligro que caen dentro de sus ámbitos de responsabilidad. Respecto de esta cuestión, ver WESSELS y BEULKE, Derecho Penal, parte general, cit., p. 508.

⁸⁵ OTTO, Harro, Manual de Derecho Penal, Teoría general del Derecho Penal, 7 Edición reelaborada, Editorial Atelier, 2017, pag.270.

la obligación de seguir actuando, en consonancia con lo que se hizo antes, pero en sentido contrario: esta vez para contrarrestar el peligro que generó la conducta previa.

Es en este punto en el que corresponde poner a prueba la hipótesis del comienzo. Es decir, partiendo de la base de que, para que una persona se encuentre en posición de garante, esterol especial debe surgir de la ley,⁸⁶ es necesario analizar los diferentes supuestos a fin de valorar en cada uno de ellos de donde surge el aludido deber especial.

Cuando hablamos del abandono de persona en su modalidad de omisión, nos encontramos con dos supuestos: por un lado cuando el tipo penal dispone quien pone en peligro la vida o la salud de otro, “abandonándolo a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar”; mientras que el otro supuesto a trabajar es cuando se trate de una persona a la que “el autor haya incapacitado”.

b) En lo que respecta al primer supuesto, no hay duda que el tipo penal incluye cualquier situación de garante derivada de la ley, es decir, nos encontramos aquí ante la ley como fuente del deber de garante.

La norma fundamental, consta en el art. 19 C.N., y es contundente, por lo que no deja margen a la duda: “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda...*”. Siendo esto cierto e ineludible, debido a que se trata de un precepto constitucional, el problema abstracto, consiste en que no podría, por lógica, ser sancionada una ley para obligar a los respectivos súbditos a que realicen cada una de la infinidad de acciones que son necesarias para el desarrollo armónico de la vida comunitaria.

Por lo mismo, la palabra ley, es usada en el art. 19 C.N., no en el sentido estricto, como ley formal emanada del Congreso de la Nación, sino en un sentido más amplio –ley en sentido material–, razón por la cual, se incluyen también otra clase de normas jurídicas de menor jerarquía que la ley –decretos, reglamentos, resoluciones, etc.–.⁸⁷

Así también el Código Civil previo a su reformar contenía en su artículo 945 lo siguiente: “Los actos jurídicos son positivos o negativos, según que sea necesaria la realización u omisión de un acto, para que un derecho comience o acabe”. Y valorado ello, con lo dispuesto en el art.

⁸⁶ Afirma Núñez que: “El deber jurídico de manutención o de cuidado a que se refiere el artículo 106, no es cualquier deber jurídico de asistencia eventual (por ej. el del policía que en ejercicio de sus funciones atiende a un accidentado) o especial (p. ej., el médico que asiste profesionalmente al cliente incapaz por enfermedad). Se trata del deber de asistir o guardar, permanentemente o por un lapso, la persona del menor o del enfermo, aunque el obligado no conviva con la víctima. El deber de alimentar o guardar tiene que ser un deber jurídico. No basta el simple deber moral” (NÚÑEZ, Tratado, cit., p. 303).

⁸⁷ Recordemos que Núñez afirma con razón que “El deber de asistencia y resguardo también puede tener su fuente en normas de carácter administrativo, como son las que rigen respecto de la asistencia y resguardo de los presos o de los enfermos internados en hospitales públicos” (NÚÑEZ, Tratado, cit., p. 304).

1073 establece: “El delito puede ser un hecho negativo o de omisión, o un hecho positivo”. Asimismo, en dicho ordenamiento legal, luego se vuelve a invocar la ley como única fuente del deber de obrar, en consonancia con el art. 19 C.N., pues el art.1074 C.C. prescribía que: “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable únicamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”. Debido a ello, surge la necesidad de retornar a la inteligencia de la palabra ley, pues para que el obrar sea exigible debe haber una fuente legal, general o especial, que lo imponga. Esta interpretación, se ajusta estrictamente a la letra del art. 19 C.N. En la actualidad el Código Civil, con las respectivas modificaciones, en su art.1717 dispone que “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”. En este sentido la normativa Civil vuelve a remitirnos a la ley, es decir que para valorar si una acción u omisión es antijurídica, se debe corroborar si ha existido una causal de justificación, contemplada en la ley.

c) El rol de garante por aceptación voluntaria, debe incluirse en el supuesto típico referido al que abandonare a su suerte a quien deba mantener o cuidar, pues también nos encontramos ante un supuesto de posición de garante derivado de la ley. Fundo este argumento en el “principio de los actos propios”.

A fin de entender cómo funciona este supuesto es pertinente hacer referencia a un caso referido al incumplimiento de un deber de asistencia y nutrición, que motivó la condena por el delito de abandono de personas (arts.106, parr.1 Código Penal)⁸⁸. La situación fáctica consistió en que una persona mayor de noventa y siete años de edad, quien no podía valerse por sí mismo, vivía con su esposa en un departamento de la ciudad de Buenos Aires, pero la mujer lo abandonó a principios de febrero de 2000 y asumió el cuidado de esta persona un sujeto, quien aparentemente sería su sobrino nieto, pero en realidad no tenía ningún parentesco con el anciano. El imputado, cambió la cerradura del departamento, le explicó al anciano lo sucedido con su esposa y asumió un rol de cuidado cuando no tenía dicha obligación legal, pero su proceder fue como si lo tuviera. Transcurridos unos meses, familiares del anciano recibieron un llamado por parte de quien lo cuidaba, siendo trasladado al Hospital Británico, donde se le diagnosticó desnutrición y deshidratación. Posteriormente, en el mes de mayo el anciano fue trasladado al geriátrico “El Palmar” con un estado de deshidratación leve y en buen estado general, pero 12 de agosto falleció en dicha institución. Según informe médico, sin relación causal directa con la deshidratación antes mencionada.

El imputado fue condenado a 4 años de prisión, accesorias legales, costas y pesos 40.000 de multa, como autor penalmente responsable del delito de abandono de persona. La

⁸⁸ SANCINETTI, La relación entre el delito de “abandono de personas” y “homicidio por omisión”, cit., pag.247–273. Comentamos aquí, brevemente, el caso jurisprudencial que analiza como hilo conductor de su exposición, Sancinetti: “Travi Basualdo, Lorenzo Juan de Dios Pedro”, de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, en relación al recurso de casación interpuesto por la defensa.

condena fue en concurso real con administración fraudulenta, por las disposiciones patrimoniales hechas con el dinero del anciano. La defensa interpuso recurso de casación, pero la sentencia fue confirmada.

Ahora bien, en relación a la posición de garante, en este caso entiendo que el imputado se hallaba en dicha posición jurídica, por haber asumido el cuidado del anciano voluntariamente. De todas maneras, se debe aclarar que no toda persona que ayuda a otra y luego deja de hacerlo se convierte en garante de aquélla. Para que se convierta en garante, tiene que haber disminuido con su intervención la posibilidad de salvamento, ya sea porque la víctima se confió en su cuidado, y por eso dejó de lado otra ayuda, o sea porque retrocedieron otros posibles salvadores. En el caso concreto, la víctima tenía noventa y siete años, por lo que no habría podido asistirse a sí mismo.

A modo de ejemplo, si como experiencia cotidiana, en un edificio de departamentos una persona se queda encerrada en su vivienda sola, y sin atención, y se emprende una conducta capaz de disminuir el peligro para su vida, dando aviso a la autoridad. Pero esta posibilidad desaparece cuando un sujeto determinado se presenta ante ellos como a cargo de la situación. En este sentido, es aquel sujeto que consciente reduce las posibilidades de salvamento de un bien y asume, por esa sola restricción, un deber de protección calificado, dado que quienes eran posibles candidatos para una intervención por mera solidaridad, son excluidos con su intervención.

No obstante, en el caso mencionado antes, habría que analizar si hubo o no exclusión de otros garantes, lo que debe responderse afirmativamente si tenemos presente que el imputado cambió la cerradura, excluyendo la posibilidad fáctica de intervención de terceros, dado que al hacerse pasar por un familiar, ningún vecino habría intervenido, más allá de que luego haya informado cuando se concretó la internación, por lo que en a partir de ese momento no se encontraban excluidos.

Respecto de la imputación fiscal, Sancinetti sostiene que se debería haber partido, como acusación principal, de una tentativa de homicidio por omisión. Por ausencia de los cuidados mínimos de subsistencia, por parte de un garante, respecto de un anciano de noventa y siete años, que no podía valerse por sí mismo. Hubo una privación de alimentos e hidratación que trae aparejado un riesgo directo de fallecimiento –que configuraría homicidio por omisión–, no controlable por un sujeto que no es médico. En el caso, no se evaluó dentro del análisis si hubo riesgo característico de delito de abandono o riesgo característico de lesiones u homicidio por omisión.

Cabe poner de resalto que en el aludido caso se entendió que no era necesario que existiera un alejamiento espacial entre el garante y la víctima, pues dicha separación no se había producido. Por otra parte, como surge del trabajo citado, otra circunstancia relevante se vincula con el hecho de que el imputado permitió que su madre llamara a los familiares de la víctima para alertarle de la situación de ésta, lo que podría configurar un desistimiento voluntario –en los términos del art. 43 Código Penal– del delito de homicidio. Corresponde aquí

analizar si el grado de desarrollo del peligro, permitía todavía, de forma segura, que el garante pudiera impedir la muerte. Del caso resulta que posiblemente el llamado de la madre del acusado hubiese sido demasiado tardío y ya en esa instancia se podría haber dado cualquier desenlace en la víctima a causa de su grado de desnutrición y deshidratación. Obviamente, tampoco cabe el desistimiento de las lesiones corporales que ya se hallaban consumadas.

d) Con respecto al supuesto de garante por conducta precedente, incluimos al caso en que un individuo que por acto propio crea un peligro sobre el bien jurídico, y aquí estamos frente a un elemento del tipo penal que no es abierto dado que la letra de la ley ubica en un rol especial, a quien pone en peligro la vida o la salud de otro, abandonándolo a su suerte a una persona a la que el autor haya incapacitado. En este sentido, es claro que el rol de garante surge de la ley. Dado que al momento de redactar el mencionado artículo, se dispuso concretamente la responsabilidad del sujeto que omite, sobre aquel que haya incapacitado, de ello surge un deber de cuidado especial.

Al explicar más arriba esta fuente de la posición de garante hemos dicho que únicamente puede constituir una “conducta precedente” que produzca este especial deber aquello que se encuentra jurídicamente desaprobado. Debe tratarse, como vimos, de conductas dolosas o culposas, pero no puede dar lugar a la posición de garante un comportamiento que es jurídicamente autorizado, es decir, que se mantiene dentro del riesgo permitido.

e) Por último en relación a la comunidad de vida o de peligro, un sector de la doctrina, se esfuerza por encontrar la razón de esta fuente de deber de garante en la finalidad de evitar que un bien no sufra daños, en ciertos supuestos en los que existe una relación estrecha ente quien puede evitarlo y la víctima. Ya antes se ha advertido sobre la imprecisión del calificativo, puesto que, si bien, estrecho alude a una distancia corta, no es posible medirla y ni siquiera dar una pauta. Y aunque se agreguen, para definir mejor la idea, las características: comunidad de vida o de peligro, no se obtiene con ello una concreción sólida, pues a través de ello se produce una clara extensión del tipo penal a supuestos no previstos: se debe afirmar la posición de garante respecto de quien sólo tiene en común con la víctima el hecho de vivir en una misma vivienda colectiva, lo que no tiene respaldo legal alguno.

Considero que la comunidad de vida no puede ser tomadas como fuente para ubicar a un sujeto en el rol de garante, y sólo es posible ello cuando los vínculos de los convivientes, según la ley, generan especiales deberes de cuidado y protección. Hay que insistir, como vimos, que la única fuente generadora del rol de garante es, en rigor de verdad, la ley,⁸⁹ de modo que la comunidad de vida sólo da lugar a la posición de garante cuando existe una norma jurídica que establece tales deberes respecto de los convivientes. No obstante, también podría darle la

⁸⁹ Respecto de la necesidad de respetar estrictamente el principio de legalidad en los delitos de omisión, ver RAVIOZZOLI, G., La figura del delito de omisión impropia y la necesaria mirada constitucional, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2011.

situación en la que cada conviviente asuma voluntariamente el deber de protección de los restantes, pero en tal caso nos hallamos ante una “aceptación voluntaria” que sí resulta admisible.

De la misma forma deben resolverse los casos de “comunidad de peligro”, pues si no existe una norma jurídica que establezca claramente el deber de protección o vigilancia, no se puede crear una categoría jurídica no prevista en la ley. Al igual que el supuesto anterior, en los casos de comunidad de peligro sólo puede existir posición de garante cuando el rol de protección o vigilancia ha sido asumido por el sujeto.

Por último, me parece importante remarcar la siguiente afirmación De Luca: “...una ley que no prevé expresamente la atribución de una consecuencia punitiva a quien omita el cumplimiento de un deber (esto ocurre en el ser, situación que nada tiene que ver con la comprobación de que la omisión no es pretípica), no habilita la imputación penal mediante el razonamiento de que esa inacción es igual a la acción productora del mismo resultado. En tal caso no existe ley penal que imponga el deber de evitar ese resultado, con prescindencia de lo que cada uno de nosotros pensemos sobre esa laguna de punibilidad. No se trata de una imposibilidad normativa, se trata de que esa normativización no se concretó en una ley (arts. 18 y 19 CN)...”⁹⁰. Ramos y Zanazzi sostienen en el mismo sentido que De Luca: “(...) nos permitimos afirmar que de acuerdo a la manera en que está sustentado nuestro sistema jurídico resulta imposible equiparar conductas activas a omisivas. Por ello es que no son aplicables, en nuestra opinión, construcciones dogmáticas que faciliten la disminución del contenido del principio de legalidad, lo cual es independiente de la interpretación que se tenga sobre el fin de la pena y la función de las normas. En efecto, ninguna estructura teórica puede contraponerse tanto a la Constitución Nacional como a los pactos internacionales que la integran, que son fulminantes y no dejan resquicio de duda”⁹¹.

Y en este orden de ideas es que afirmamos que el delito de omisión previsto en estudio es congruente con el principio de legalidad por estar jurídicamente determinadas las fuentes de las cuales puede derivar la posición de garante del sujeto activo, por lo cual no nos encontramos ante un tipo abierto ya que el mismo se cierra al momento de la constatación de la existencia de la obligación legal impuesta al autor a partir de la comprensión del sistema jurídico como un todo, independientemente de su división en áreas por cuestiones de técnica legislativa. Asiste razón al legislador en cuanto a su decisión de legislar las formas tanto activas

⁹⁰ DE LUCA, J., Omisión impropia, legalidad y congruencia, Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa A.1318 “Antognazza, María Alexandra s/ p.s.a. abandono de persona calificado”, del 11 de diciembre de 2007, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, LexisNexis, Buenos Aires, N° 5/08, mayo de 2008, p. 743.

⁹¹ RAMOS, M. A y ZANAZZI, S., Principio de legalidad y tipos de omisión impropia no escritos, En: XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina. Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Rosario, 2011, p.9.

como omisivas en este tipo penal y lo ha hecho en congruencia con el principio de legalidad estipulado en los arts. 18 y 75 inc.22 de la Constitución Nacional.

Conclusiones finales.

El delito de abandono de persona puede configurarse, conforme los artículos 106 a 108 del Código Penal de dos formas diferentes: en primer lugar, poniendo en peligro la vida y/o la salud de un tercero, a través del desamparo, o a abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que el autor deba mantener o cuidar. Mientras el primer supuesto consiste en una acción, en el segundo –el abandono propiamente dicho– puede tratarse de una acción o una omisión: omitir la prestación de la ayuda, el auxilio o la asistencia a quien se tiene, jurídicamente, el deber de cuidar, sin que resulte imprescindible que haya una separación o alejamiento espacial del autor.

Nos encontramos ante un tipo penal que pretende resguardar la vida y la salud de las personas y que se encuentra estructurado como delito de peligro concreto, de modo que, para que se perfeccione, no es suficiente con la acción u omisión previstas en la ley, sino que a través de ello se debe generar un peligro cierto para la vida o la salud de la víctima, debiendo demostrarse además que dicho resultado de peligro es consecuencia del riesgo jurídicamente desaprobado que ha generado el autor a través de su acción u omisión. Desde el punto de vista subjetivo, por otra parte, se trata de un delito doloso, pero no es necesario una finalidad o intención especial, sino que resulta perfectamente compatible con el dolo eventual.

El abandono, en su forma omisiva, constituye una modalidad de omisión propia, pues el tipo penal ha previsto específicamente a la omisión. Por tal motivo, no se presentan las objeciones constitucionales que se han efectuado con respecto a los delitos de omisión impropia. Asimismo, mientras que en el desamparo cualquier persona puede ser sujeto activo del delito, en el caso del abandono, se exige que el autor tenga posición de garante respecto del sujeto pasivo cuya vida o salud se pone en riesgo.

En el delito de abandono de persona, únicamente puede reputarse como fuente de la posición de garante a la ley, aunque en el concepto de ley no se incluye solo la ley formal emanada del Congreso de la Nación, sino cualquier norma jurídica que establezca un deber de protección o vigilancia. Tanto la aceptación voluntaria como la conducta precedente constituyen fuentes de la posición de garante, pero sólo porque tienen base legal. En cambio, la comunidad de vida y la comunidad de peligro no constituyen fuentes de la posición de garante, excepto que en el caso concreto surja que en realidad haya existido una aceptación voluntaria del aludido deber.

Bibliografía

- BACIGALUPO, Enrique, Delitos impropios de omisión, Dykinson, Madrid, 2005.
- CABALLERO, J., Teoría del Delito, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1993.
- CARRARA, F., *Programa del Curso de Derecho Criminal*, San José de Costa Rica, ILANUD, 2000.
- CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal español, parte general, Ed. Tecnos Madrid, 1990 T.I
- CREUS CARLOS, Buompadre Jorge Eduardo, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, 7 Edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma Ciudad de Buenos Aires, 2007.
- DE LUCA, J., Omisión impropia, legalidad y congruencia –artículo– (Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa A.1318 “Antognazza, María Alexandra s/ p.s.a. abandono de persona calificado”, del 11 de diciembre de 2007), en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, LexisNexis, Buenos Aires, N° 5/08, mayo de 2008.
- FEUERBACH P. & VON RITTER, J.a., Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989.
- FONTAN BALESTRA, C., *Tratado de Derecho Penal. Parte especial, Tomo IV* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983.
- FRISTER, HELMUT, Derecho Penal parte general, traducción de la 4 edición alemana de Marcelo Sancinetti, revisión de María de las Mercedes Galli, Hammurabi, Bs. As. 2009
- HEFENDEHL, Roland (Ed.), La Teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid.
- HIRSCH, HAN JOACHIM, Peligro y peligrosidad, en Derecho Penal, Obras Completas T.I Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 1999.
- KAUFMANN ARMIN, Dogmática de los delitos de omisión, traducción de Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2006.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, Mirta, en el artículo Abandono de persona, agravado por el resultado

muerte, Revista de Derecho Penal, Delito contra las personas –II–2 Ed. Rubinzal–Culzoni, 2003.

MOLINARIO, ALFREDO, Los delitos, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires Tomo 1 1996/1999.

NÚÑEZ, RICARDO, Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1988.

NUÑEZ RICARDO, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Cuarta Edición actualizada por Dr. Víctor Félix Reinaldi Editorial Lerner S.R.L, 2009.

OTTO, HARRO, Manual de Derecho Penal, Teoría general del Derecho Penal, 7 Edición reelaborada, Editorial Atelier, 2017,

PATIÑO CASTRO, I., *Definición y elementos de la Inconstitucionalidad por Omisión*, Buenos Aires, La Ley, 2012.

RAMOS, M. A y ZANAZZI, S., Principio de legalidad y tipos de omisión impropia no escritos, En: XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina. Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Rosario, 2011,

RAVIOZZOLI, G., La figura del delito de omisión impropia y la necesaria mirada constitucional, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2011.

RIGHI, E. & FERÁNDEZ, A. A. Derecho Penal, Buenos Aires., Ed.Hammurabi, 2005

ROXIN, C., Derecho Penal Parte General, Tomo II, Editorial Thomson Civitas.

SANCINETTI, MARCELO A, La relación entre el delito de abandono y el homicidio por omisión, en Ziffer Patricia, Jurisprudencia de Casación Penal, 1era. Ed. Hammurabi, Buenos Aires 2009.

SOLER, SEBASTIAN, Derecho Penal Argentino, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, T.III Ed. Tea, Bs. As., 1992

TERRAGNI, MARCO A., Abandono de Personas y Omisión de Auxilio, en Asociación Pensamiento Penal, Código *Penal Comentado de acceso libre* (Online), 2013.

TORIO LOPEZ A., *Límites políticos Criminales del delito de comisión por omisión*, Madrid, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1984.

WESSELS, JOHANNES, BEULKE, WERNEY SATGER, HELMUT, Derecho Penal, parte general. El delito y su estructura, Editorial Instituto Pacifico S.A.C, 2018

ZAFFARONI EUGENIO RAUL, y ARNEDO MIGUEL ALFREDO, Digesto de Codificación Penal Argentina, Tomo II, V y VII Editorial A-Z, 1997.